

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
SEMINARIO DE GRADUACION EN CIENCIAS JURIDICAS AÑO 2005
PLAN DE ESTUDIOS 1993



**LA EFICACIA DE LOS LLAMAMIENTOS
SUCESORIOS A FAVOR DEL NASCITURUS.**

TRABAJO DE GRADUACION PARA OPTAR AL TITULO DE:
LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS

PRESENTAN:

MARLON OSVALDO BARRERA GALDÁMEZ.
CLAUDIA MARISOL CASTRO TALENTINO.
MARIO ERNESTO GARCÍA FUNES.

DIRECTOR DE SEMINARIO

Dr. JORGE ARMANDO ANGEL CALDERON

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, FEBRERO DE 2006.



©2004, DERECHOS RESERVADOS

Prohibida la reproducción total o parcial de este documento,
sin la autorización escrita de la Universidad de El Salvador

<http://virtual.ues.edu.sv/>

SISTEMA BIBLIOTECARIO, UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTORA

DRA. MARIA ISABEL RODRIGUEZ

VICE-RECTOR ACADEMICO

ING. JOAQUIN ORLANDO MACHUCA GOMEZ

VICE-RECTORA ADMINISTRATIVO

DRA. CARMEN ELIZABETH RODRIGUEZ DE RIVAS

SECRETARIA GENERAL

LICDA. ALICIA MARGARITA RIVAS DE RECINOS

FISCAL GENERAL

LIC. PEDRO ROSALIO ESCOBAR CASTANEDA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANA

LICDA. MORENA ELIZABETH NOCHEZ DE ALDANA

VICE-DECANO

LIC. OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS

SECRETARIO

LIC. FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNANDEZ

COORDINADORA D ELA UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACION

LICDA. BERTA ALICIA HERNANDEZ AGUILA

DIRECTOR DE SEMINARIO

Dr. JORGE ARMANDO ANGEL CALDERON

AGRADECIMIENTOS

A DIOS: Porque me dio la vida y la oportunidad de llegar hasta este momento culminante en mi vida, junto con mi esfuerzo y la fe en él, logre salir adelante, a pesar de tanto tropiezo nunca me ha desamparado, y en los momentos que más lo he necesitado siempre estuvo ahí a mi lado, GRACIAS SEÑOR.

A MI MADRE: Ana Isabel Galdámez, porque siempre mantuvo su confianza en que podía lograrlo, siempre me apoyo a pesar de los momentos difíciles que se presentaron, nunca perdió su confianza y me enseñó que con fe y esperanza podemos alcanzar lo que no propongamos.

A MI FAMILIA: Por haberme apoyado a lo largo de mis estudios, enseñándome a elegir y creer que con esfuerzo duro, cualquier sueño puede hacerse realidad.

A MI NOVIA: Jeannie Elizabeth Galán Cortez, porque que ha sido un gran apoyo en mi vida, es una mujer excelente, busca siempre lo mejor, y se ha propuesto luchar siempre a mi lado, y su amor a hecho de mi una mejor persona, NUNCA CAMBIES.

A MI ASESOR: Dr. Jorge Armando Ángel Calderón, por habernos brindado su apoyo en el momento en que mas necesitábamos de una mano amiga, haber podido aprender de él, sin él este esfuerzo no se hubiera hecho posible, mi mas sinceros respetos y éxitos, y que Dios lo bendiga hoy y siempre.

A MIS AMIGOS: Por haberme apoyado siempre, y compartido conmigo cada paso que he dado, que de una u otra manera me han ayudado, y espero siempre continúen haciéndolo.

MARLON OSVALDO BARRERA GALDAMEZ

AGRADECIMIENTOS

A DIOS: Por ser mi guía incondicional, mi fortaleza e inspiración, por que además de darme la vida, me da la salud, y me ha dado la sabiduría e inteligencia para llegar hasta este momento que deja marcada mi vida, ya que ha sido su ayuda, mi esfuerzo y la fe en él, que logre salir adelante no importando lo dificultoso del camino, él ha sido fiel y nunca me ha desamparado.

A MI MADRE: Concepción Talentino, inspirándome confianza en que podía llegar a la meta propuesta, a luchar tenazmente a pesar de todas las dificultades que se presenten, por que me ha enseñado a poner mi fe en Dios y esperar pacientemente en sus providencias; por que ha luchado a mi lado, por su amor, comprensión, que fueron un aliciente en mis momentos difíciles.

A MI PADRE : Manuel Castro, por su apoyo, amor y comprensión, sin los cuales no hubiera sido posible finalizar mi carrera, por que eres un padre excelente, un ejemplo de fortaleza, carácter, tenacidad y con quien comparto este triunfo.

A MIS HERMANOS: Edwin y Ernesto Castro, por darme palabras de aliento. En forma especial a Ernesto, quien ha creído que puedo superarme y vencer cualquier obstáculo que se me presente, gracias por ser parte de mi triunfo.

A MI ASESOR: Dr. Jorge Armando Ángel Calderón, por haber sido nuestro guía académico, por habernos brindado su apoyo en el momento en que más lo necesitábamos, por haber creído en nosotros, en este proyecto. Infinitas gracias, ya que sin su ayuda nuestro esfuerzo no se hubiera hecho posible; sea Dios el que le recompense y le siga dando menciones en su carrera profesional.

A MIS AMIGOS: Por haberme apoyado siempre, y compartido conmigo cada paso que he dado, que de una u otra manera me han ayudado, y espero siempre continúen haciéndolo. De forma especial a mis compañeros de tesis, por permitirme ser parte de su grupo, y a quienes les deseo muchos éxitos, serán siempre mis amigos. Que Dios los bendiga mucho.

CLAUDIA MARISOL CASTRO TALENTINO

AGRADECIMIENTOS

A DIOS OMNIPOTENTE: Porque siempre me ha guiado y proporcionado la sabiduría necesaria para lograr un éxito más en mi vida.

A MIS PADRES: César Augusto García Paz y Carolina Funes de García, por darme el apoyo necesario y estimularme a superarme día con día para lograr ser una mejor persona.

A MIS HERMANOS: Roberto Carlos y César Augusto, a quienes admiro y respeto, por haber creído siempre en mi persona, por compartir sus conocimientos y experiencias que a la larga me facilitaron la culminación de este logro.

A MI NOVIA: Marycruz Laínez; por todo el apoyo incondicional que me has brindado a lo largo de la carrera, por hacerme ver las cosas de forma diferente y hacerme más humilde, sensible.

A MIS COMPAÑEROS DE TESIS: Porque logramos convivir a la perfección y encontrar la forma de afrontar y salir airoso de todos los problemas en el desarrollo de esta tesis.

A MI ASESOR: Dr. Jorge Armando Angel Calderón; quiero agradecerle habernos permitido aprender de su persona, y haber puesto su empeño para lograr terminar satisfactoriamente este paso más en nuestras vidas. Mis más sinceros respetos y éxitos, que Dios lo bendiga.

MARIO ERNESTO GARCÍA FUNES.

INDICE

	Página
Introducción.....	i
CAPITULO I. LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE	
Generalidades.....	1
1.1.1 Evolución Histórica.....	1
1.1.2 La sucesión por causa de muerte.....	7
1.1.3 Acepción de la expresión sucesión por causa muerte.....	8
1.1.4 Naturaleza Jurídica de la sucesión por causa de muerte.....	9
1.1.5 Fundamento de la sucesión por causa de muerte.....	9
1.1.6 Elementos de la sucesión por causa de muerte.....	10
1.1.7 Conceptos relativos a las sucesiones.....	10
1.2 Capacidades e incapacidades para suceder.....	14
1.2.1 Causas de incapacidad para suceder por causa de muerte.....	17
1.3 Indignidades para suceder.....	20
1.4 Efectos de las Incapacidades e Indignidades.....	22
1.5 Formas indirectas de suceder.....	23
1.5.1 Derecho de Trasmisión.....	24
1.5.1.1 Antecedentes Históricos.....	24
1.5.1.2 Concepto.....	26

1.5.1.3	Elementos del Derecho de Transmisión.....	26
1.5.1.4	Sujetos que intervienen en el Derecho de Transmisión.....	29
1.5.1.5	Ordenes de la sucesión –por cabeza y por estirpe.....	30
1.6	Derecho de Representación.....	31
1.6.1	Origen Histórico.....	31
1.6.2	Naturaleza Jurídica.....	33
1.6.2.1	Teoría del Privilegio.....	33
1.6.2.2	Teoría de la Ficción.....	33
1.6.2.3	Teoría Adoptada por el Código Civil.....	34
1.6.3	Sujetos que intervienen en la Representación.....	34
1.6.4	Requisitos que deben concurrir.....	34
1.6.4.1	Requisitos del Representado.....	35
1.6.4.2	Requisitos del Representante.....	35
1.6.5	Representación en relación al parentesco.....	37
1.7	Diferencias entre el Derecho de Transmisión y el Derecho de Representación.....	39
1.8	Clases de sucesiones.....	40
1.8.1	La sucesión intestada.....	41
1.8.2	La sucesión testamentaria.....	42
1.8.3	La sucesión mixta.....	43
1.8.4	La sucesión contractual.....	43

CAPITULO II. LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA

2.1	Generalidades.....	44
2.1.1	Concepto.....	45
2.2	Características del testamento.....	46
2.3	Clasificación del testamento.....	47
2.4	Elementos o Requisitos del testamento.....	49
2.5	Formalidades del testamento en la legislación salvadoreña.....	53
2.5.1	Ante quien se puede celebrar un testamento.....	53
2.5.2	En que casos intervienen los testigos.....	55
2.5.3	Formalidades de los testamentos cerrados.....	59
2.5.4	Formalidades para la apertura de los testamentos cerrados.....	61
2.5.5	Donde se registran los testamentos.....	64
2.6	Las Limitantes a la Libertad de Testar.....	64
2.7	Asignaciones Testamentarias.....	70
2.7.1	Concepto.....	70
2.7.2	Requisitos de las asignaciones testamentarias.....	70
2.7.3	Clasificación de las Asignaciones Testamentarias.....	71
2.7.4	Asignaciones Condicionales.....	72
2.8	La Donación.....	73
2.8.1	La Donación por causa de muerte.....	73
2.8.2	La Donación entre vivos ó irrevocable.....	75

CAPITULO III. LOS ATRIBUTOS DE LA PERSONA HUMANA

3.1	Generalidades.....	77
3.1.1	Etimología.....	77
3.1.2	Teorías del concepto de persona.....	78
3.1.3	Clasificación de las personas.....	78
3.2	Enumeración de los atributos.....	79
3.3	El Nombre.....	80
3.3.1	Concepto.....	80
3.3.2	Naturaleza Jurídica.....	81
3.3.3	Características del nombre.....	82
3.3.4	Componentes del nombre.....	84
3.3.5	Seudónimo.....	85
3.3.6	El sobrenombre ó apodo y los diminutivos familiares.....	85
3.4	El Estado Familiar.....	86
3.4.1	Concepto.....	87
3.4.2	Tipos de Estados Familiares.....	87
3.4.3	Estado Familiar y Capacidad.....	88
3.4.4	Efectos del Estado Familiar.....	89
3.5	El Domicilio.....	9
3.5.1	Concepto.....	90
3.5.2	Características del Domicilio.....	91
3.5.3	Clasificación del Domicilio.....	92

3.6	La Nacionalidad.....	94
3.6.1	Concepto.....	94
3.6.2	Principios generales sobre la nacionalidad.....	95
3.6.3	Sistemas para determinar la nacionalidad	95
3.7	El Patrimonio.....	97
3.7.1	Concepto.....	98
3.7.2	Características del Patrimonio.....	98
3.7.3	Composición del Patrimonio. Cosas y Bienes.....	99
3.8	La Capacidad.....	102
3.8.1	Concepto.....	102
3.8.2	Clasificación.....	103
3.9	Fin de la existencia de las personas naturales.....	106
3.9.1	La muerte Natural.....	106
3.9.2	La muerte presunta.....	107
3.9.3	Periodos del desaparecimiento.....	108
3.9.4	Periodo pleno y definitivo.....	110

CAPITULO IV. EL NASCITURUS COMO SUJETO DE DERECHO, ASPECTOS DOCTRINARIOS Y JURÍDICOS

4.1	Antecedentes Históricos.....	111
4.2	Teorías sobre la existencia anterior al nacimiento.....	118

4.3	Principio de la existencia del que esta por nacer.....	123
4.4	Diferencias doctrinarias entre Nasciturus y Concepturus.....	127
4.5	El nacimiento y su importancia.....	128
4.6	Derecho, Obligaciones y Representación.....	128
4.7	La Eficacia de los Llamamientos Sucesorios.....	132
4.8	Excepciones y Modalidades de aplicación de la regla impeditiva de las adquisiciones hereditarias de los nasciturus.....	134
4.9	Marco Normativo Jurídico.....	147
4.9.1	Constitución de la Republica.....	147
4.9.2	Tratados internacionales de derechos humanos.....	148

CAPITULO V ASPECTOS SUSTANCIALES Y PROCESALES DE LAS ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS OTORGADAS A FAVOR DEL NASCITURUS

5.1	Las medidas de investigación y comprobación sobre el embarazo y parto.....	150
5.2	Sospecha del embarazo.....	152
5.3	Prueba del embarazo.....	1
5.4	El nacimiento prueba del mismo y viabilidad.....	155
5.5	Nacimiento y Parto.....	158
5.5.1	La doctrina de la viabilidad.....	158

5.6	Regulación de las asignaciones testamentarias otorgadas a favor del nasciturus antes y después de la Reforma Constitucional del artículo 1 inciso 2°, en el año de 1999.....	159
5.7	Elaboración, planteamiento y soluciones a situaciones no previstas por el causante.....	162
5.7.1	Llamamientos múltiples.....	162
5.7.2	Nacimientos múltiples.....	164
5.7.3	Que el presunto heredero perezca dentro del seno materno.....	166
5.8	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	168
5.8.1	Conclusiones.....	168
5.8.2	Recomendaciones.....	170
	BIBLIOGRAFÍA.....	172
	ANEXOS.....	181

INTRODUCCION

La Constitución de El Salvador en el año de 1998, sufre una reforma, al artículo 1 se le agrega un segundo inciso, en el sentido que reconoce al ser humano desde el instante de la concepción y no desde que nace, como se hacía anteriormente, esto es así, en vista que se le dio relevancia a la existencia natural antes que a la legal.

Con tal reforma, se le dio seguimiento a la “doctrina de la protección integral del niño”, mediante la cual un nascituri, es decir una persona que este concebida o no nacida, se le considere un sujeto de derecho con la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, poseer algunos atributos de la persona, etc.

En relación a nuestro derecho civil, este sufrió grandes cambios, y específicamente en lo concerniente al derecho sucesorio, ya que antes se ponían muchas trabas para poder instaurar como heredero testamentario a un nascituri, pues se exigía que este existiera al momento de abrirse la sucesión, hoy en cambio, siguiendo ciertas requisitos que la misma ley plantea, se le puede instaurar en tal carácter.

Nuestro tema de investigación se denomina de la forma siguiente: “la eficacia de los llamamientos sucesorios a favor del nasciturus”, el cual se compone de V capítulos, el primero de ellos, nos habla de la sucesión en general, la evolución histórica de esta, su concepto, el principio de la libertad de testar. Se conceptualizan varios términos a emplear dentro de nuestra investigación, tales como: testador, causante, heredero, vocación sucesoria, etc., se desarrolla también lo relativo a la capacidad e indignidad

para suceder, asimismo, el derecho de transmisión y representación y en el último acápite de éste capítulo desarrollamos las clases de sucesiones.

El capítulo II, se refiere propiamente a la sucesión testamentaria, esta delimitación tiene su origen en vista que un nascituri solo puede adquirir bienes vía testamento, donación, etc., y no así en los ordenes de la sucesión ab-intestada. De la sucesión testamentaria desarrollaremos sus generalidades, entre las que encontramos: su concepto, naturaleza jurídica, características, etc.; se abarcan también los diferentes tipos de testamentos, los requisitos que estos necesitan para que surtan efecto en la realidad, las asignaciones o cláusulas testamentarias, las generalidades de ésta y de las clases de asignaciones únicamente estudiamos las condicionales por estar íntimamente relacionadas al objeto de nuestra investigación; y por último se estudian las generalidades de la donación.

En el capítulo III, se desarrollan los atributos de la persona humana, las generalidades de éstos, su etimología; así mismo hacemos referencia a las teorías filosóficas del concepto de persona, su concepto y las características que posee. De una forma somera se establece la clasificación de la persona, y como último punto de este capítulo se enumeran y desarrollan cada uno de los atributos de la persona, los cuales son: el nombre, el estado familiar, la capacidad, el domicilio, el patrimonio y la nacionalidad, en relación a este punto hay que hacer notar que los nascituri pese a ser considerado persona como tal, no goza de todos los atributos antes mencionados.

El capítulo IV, trata lo relativo al nasciturus como sujeto de derechos, así como también los aspectos doctrinarios y jurídicos; sus antecedentes históricos, la etimología,

la diferencia con el concepturus, el concebido y feto; se analiza el principio de la existencia del que esta por nacer, sus derechos y obligaciones. Se desarrolla lo concerniente a la eficacia de los llamamientos sucesorios a favor de estos, y se hace alusión a los derechos de transmisión y representación, entre otros.

El capítulo V, retoma los aspectos sustanciales y procesales de las asignaciones testamentarias otorgadas a favor de los nasciturus, en este capítulo se hace referencia a lo que son las medidas de investigación y comprobación del embarazo y parto, la importancia que posee el nacimiento, la prueba del nacimiento y su viabilidad; asimismo, la regulación de las asignaciones testamentarias a favor de los nascituri antes y después de la reforma constitucional del artículo 1 inciso 2 en el año de 1998.

También se han elaborado una serie de problemas hipotéticos en los casos no previsto por el causante, tales como: Que se esperen gemelos y uno muera, que se espero un hijo y nazcan gemelos, etc. Y como último punto de nuestra investigación, se presentan las conclusiones y recomendaciones a las cuales hemos llegado al final de todo este proceso de investigación.

CAPITULO I

I. LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA

1.1 Generalidades

1.1.1 Evolución Histórica

La sucesión supone introducir, a una persona en el puesto de otra, es una relación jurídica que, no obstante tal transmisión, sigue siendo la misma. No basta pues, para que exista sucesión en sentido técnico, que una o mas personas ocupen el puesto que antes ha tenido otra como titular de una relación jurídica activa o pasiva, o de un complejo de relaciones, es necesario que al cambio de sujeto no acompañe la extinción de la antigua relación y la creación de otra nueva.

Como es sabido, nuestro Derecho Sucesorio, radica directamente de el Derecho Romano, de ahí es que se deriva una importancia especial de conocer las fuentes históricas y de donde proviene nuestra Legislación Sucesoria.

El Derecho Sucesorio aparece en un principio como un medio de hacer pasar los bienes de una persona a otra u otras, de tal manera que en las relaciones jurídicas iniciadas en la vida del causante, sigan viviendo más allá de sus días. Es la manera de continuar, jurídicamente lo que la persona tiene.¹ En cierto modo, el Derecho Sucesorio es la traducción del deseo natural del hombre de permanecer más allá de la muerte.

Históricamente, el Derecho Sucesorio ha tenido una íntima relación con las creencias religiosas. En Grecia y Roma, el Derecho de Propiedad se establecía para la

¹ Ramón Domínguez Benavente, Derecho Sucesorio, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1990, Pág. 5.

realización de un culto hereditario, de tal manera que no podía aceptarse que la muerte de un individuo limitase ese culto. Por ello la propiedad debía seguir después de la muerte.²

En el Derecho Romano mas primitivo, a la muerte del pater falimias, los hijos y la uxor in manu, constituían una asociación (consortium) para que el culto de los dioses domésticos y la explotación de la unidad agraria, continuaran las titularidades del causante.³

“Muy relacionado con el carácter religioso de la sucesión se encuentra una íntima conexión entre la normas hereditarias y el Derecho de Familia, pues la herencia romana, no tenía por objeto transmitir el patrimonio, sino los poderes que constituían la soberanía sobre la familia, la cual no era concebida en función de vínculos de sangre, sino como un verdadero organismo político”.⁴

La calidad de heredero va unida a la de sucesor en la potestad familiar y en el culto de la familia. El testamento tenía la función de instituir al futuro jefe del grupo familiar, aun cuando se desconocía el derecho de primogenitura, por lo cual el pater familias debía nombrar al hijo o al familiar que considerara más apto para tutelar la familia.

Los ciudadanos romanos, consideraban que la muerte no era un mal, puesto que era necesaria; pero una verdadera desgracia era que acabara con la descendencia, ello porque el concepto romano de la vida estaba en la creencia de que la inmortalidad del

² Ibidem, Pág. 5

³ Lacruz Berdejo, José Luis y otros, Elementos de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones, José Maria Bosch Editor, S.A., Quinta Edición, Barcelona, España, 1993, Pág. 15.

⁴ Ramón Domínguez Benavente, Op. Cit. Pág. 5.

hombre se encuentra en su descendencia. Por eso, que al mismo tiempo que por la sucesión se transmiten los Derechos Patrimoniales, también se transmitían los deberes del culto, ya que no cabía culto sin patrimonio familiar, y es así como se produce la relación entre familia, religión y Derecho Sucesorio.

Posteriormente se estableció en las épocas primitivas, la existencia del testamento, y para evitar la desgracia de morir sin heredero, se instauró más tarde la sucesión legítima o legal, para evitar la muerte sin heredero, imponiendo así el deber de perpetuar el culto y la familia.

“El Derecho Romano reconoce una amplia libertad para disponer por testamento, quien redacte su testamento elimina, por ello mismo, la posibilidad de aplicación de la sucesión ab-intestato; pues no era posible la coexistencia de una herencia parte testada y parte intestada”.⁵

Más tarde con el debilitamiento de las costumbres e instituciones primitivas, la libertad de disposición pierde su esencia original y da lugar a frecuentes abusos. La herencia ya no tiene la función de transmitir la soberanía doméstica, sino el patrimonio familiar, pierde su rol primitivo, convirtiéndose en una expresión de individualismo desconocido por el Derecho Preclásico.

En el Derecho de la Época Imperial, establece limitaciones importantes a la libertad de disponer en testamento, imponiendo la obligación de dejar a los parientes más próximos una parte de los bienes. Se establece la posibilidad para el heredero ab-intestato

⁵ Ramón Domínguez Benavente, Op. Cit. Pág. 14.

más próximo, atacar el testamento, bajo el pretexto de haber sido omitido totalmente.⁶

“La influencia del cristianismo se hace cada vez más fuerte, la sucesión se basa íntegramente en el parentesco natural o de sangre”.⁷

En el Derecho Germánico, los Derechos de raíz siguieron caminos distintos, porque los pueblos germánicos desconocieron el culto a los antepasados, y por consiguiente la institución de un heredero. No reconocen el testamento, pues para ellos la muerte destruye el poder del hombre sobre los bienes.⁸

Los bienes recibidos de los antecesores son en cierto modo inalienables. Por ello ignoraban el testamento; el título de heredero lo llevan los parientes por la sangre y jamás un extraño. Las ideas de solidaridad de propiedad familiar y de conservación de los bienes en la familia, son las características dominantes del Derecho Sucesorio Germánico, que más tarde fueron transmitidos a los Derechos Francos de los países costumbristas en Francia.

No es posible hablar de una libertad de disposición entre los pueblos germánicos; entre ellos la sucesión es de carácter familiar. De ahí que con posterioridad a la invasión de Roma por los pueblos germánicos, el testamento pierde importancia y su renacimiento es lento.

Es hasta el siglo XII que el testamento reaparece en Francia, bajo la influencia de la iglesia, deseosa de incentivar los legados piadosos. Frente al principio de

⁶ Ibidem. Pág. 15.

⁷ Ibidem. Pág. 15.

⁸ Lacruz Berdejo, José Luis y otros, Elementos de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones, José Maria Bosch Editor, S.A., Quinta Edición, Barcelona, España, 1993, Pág. 16.

indisponibilidad de los bienes por el cabeza de familia, la iglesia invita a los fieles a emplear, a la hora de la muerte, una parte de su patrimonio en obras pías.⁹

En los países de costumbre, el testamento fue usado, para evitar las atribuciones de los señores; por ello y con la limitación de testar, se instituye la reserva hereditaria que limita la libertad de disposición sobre los bienes que venían de la familia, solo los muebles y ganancias están a su disponibilidad, y los bienes propios se reportan por la familia. Esta doctrina representa la brecha por donde penetra la libertad de disponer de los bienes.¹⁰

En los países de Derecho escrito, reaparece la amplia libertad de testar, concebida como una forma de lucha en contra de los señores feudales, que en ausencia de descendientes, pretendían el Derecho de recoger los bienes de los difuntos. La admisión de la legítima, se hace y cobra cada vez mayor auge y en los siglos XIV y XV es ya de aplicación general en toda Francia.¹¹ La diferencia entre la legítima romana y la reserva costumbrista es, que mientras la primera es una porción de todos los bienes del causante (una cuota de los mismos), es de la que dispone, mientras que la reserva solo concierne a los bienes propios, constituye una limitación a la libertad de testar.

El Derecho Sucesorio Español a partir de la Reconquista, cabe señalar que en toda la España Cristiana existió verdadera escasez de disposiciones para después de la muerte. Fue una característica de casi todos los Derechos medievales del occidente europeo y es

⁹ Ibidem. Pág. 17

¹⁰ Ramón Domínguez Benavente, Op. Cit. Pág. 16.

¹¹ Ibidem. Pág. 16.

que en ellos la sucesión se dividió en una pluralidad de masas hereditarias, sobre las cuales el derecho de disposición del causante era limitado y variable.¹²

En la baja edad media, la creciente importancia del testamento y la correlativa ampliación de las posibilidades de disponer de los bienes por causa de muerte, van eliminando la división de bienes heredados y bienes propios. “Las partidas, bajo la influencia de los textos romanos, sientan la incompatibilidad entre la sucesión testada y la intestada, pero en 1348 con el ordenamiento de Alcalá, rechaza implícitamente la incompatibilidad entre las sucesiones testada e intestada”.¹³

En los Derechos Forales, en la Baja Edad Media, las disposiciones para después de la muerte, todos tienen un contraste con el régimen originario, a la libertad de disposición de los bienes.

En cuanto a los Derechos modernos, la evolución termina en Europa Occidental con la admisión del testamento en los distintos códigos, pero limitándose la libertad con la institución de la legítima.¹⁴

La evolución histórica muestra que la tendencia es en mayor o menor grado, la de limitar la libertad de testar. Continuando con los precedentes históricos, se han señalado una serie de asignaciones como son: las asignaciones forzosas, los alimentos a determinadas personas, la porción conyugal, fundadas estas en el deber de procurar la manutención de aquellos que han formado parte de la familia del causante; la legítima fundada en la idea de mantener el patrimonio entre quienes forman la familia.

¹² Lacruz Berdejo, José Luis y otros. Op. Cit. Pág. 17.

¹³ Ibidem. Pág. 18.

¹⁴ Ramón Domínguez Benavente. Op. Cit. Pág. 16.

Actualmente el heredero no es un continuador del causante, sino que el Derecho Sucesorio aparece solamente como un medio de transmitir el patrimonio y esta ligado a la idea de la propiedad privada. Si el causante no puede disponer de sus bienes para después de su muerte, no puede existir un verdadero Derecho Sucesorio, pues éste no es más que una extensión de la propiedad privada más allá de la vida.

Es posible llegar al extremo de mantener el individualismo hasta el máximo, sosteniendo que el causante es el único titular absoluto de la propiedad, de tal forma que el dispone libremente de su patrimonio para después de sus días. El carácter individual de la propiedad puede traducirse en una amplia libertad de testar, sin limitaciones.

Por el contrario, cuando la propiedad privada tiene un fundamento familiar, y se le reconoce como medio para hacer vivir y prosperar la familia, las normas sucesorias deben adaptarse, a esos términos, dando al Derecho Sucesorio el carácter de una norma destinada a asegurar la supervivencia del grupo familiar.

1.1.2 La Sucesión por Causa de muerte

En esta sucesión, el heredero adquiere ipso jure, el Derecho real de Herencia, el cual es un modo normal de adquirir, ya que el fallecimiento del causante es el que origina la sucesión, mediante la cual el heredero adquiere ese Derecho. Es por el solo fallecimiento del causante que se produce la adquisición del derecho real de herencia, sin que para ello sea necesario que el heredero reúna formalidades de ninguna especie. Posteriormente el heredero puede aceptar o rechazar ese derecho de herencia que ya adquirió; tanto la aceptación como la repudiación operan de una forma retroactiva al momento que le fue deferida la herencia, es decir al momento en que falleció el causante.

1.1.3 Acepciones de la expresión, Sucesión por Causa de Muerte

Esta expresión puede usarse tanto en un sentido objetivo como subjetivo.

✓ En sentido objetivo, hace referencia al conjunto de derecho y obligaciones del causante, es decir a su patrimonio.

✓ En sentido subjetivo, es un derecho que posee la persona para suceder. Es un derecho real, así lo establece el artículo 567 del Código Civil.

Con mayor precisión podemos decir, que la sucesión por causa de muerte, es la transmisión del patrimonio de una persona o de bienes determinados, a favor de otras personas también determinadas. En consecuencia la sucesión por causa de muerte es modo de adquirir el dominio.

En base de lo escrito anteriormente y de conformidad al artículo 952 del Código Civil, podemos definir la sucesión por causa de muerte, como: Un modo de adquirir el dominio del patrimonio de una persona difunta, esto es el conjunto de sus Derechos y Obligaciones transmisibles o una cuota de ese patrimonio, como un tercio o un medio; especies o cuerpos ciertos, como una casa, un caballo; o cosas indeterminadas de un género determinada, como cuarenta porciones de trigo.¹⁵

“La sucesión por causa de muerte, es un modo de adquirir y por lo tanto presenta las siguientes características:

➤ Es un modo de adquirir derivativo: ya que el dominio no nace con el heredero, sino que ya existe con el causante.

¹⁵ Somarriva Undurraga, Manuel, Op. Cit. Pág. 10.

- Porque al momento de la muerte del causante no puede verificarse su consentimiento, por tal razón opera por ministerio de Ley.
- Es a título gratuito: porque los herederos no realizan ningún esfuerzo o sacrificio económico, para adquirir el beneficio de la herencia.
- Es a título Universal o Singular. Cuando es a Título Universal quedan comprendidas, tanto el heredero universal como de cuota; y a Título Singular únicamente comprende al Legatario”.¹⁶

1.1.4 Naturaleza Jurídica de la Sucesión por Causa de Muerte

De las características mencionadas con anterioridad se puede resumir que, la naturaleza jurídica de la sucesión, es un modo de adquirir derivativo a título gratuito, mediante el cual se adquieren las cosas ya apropiadas y suponen que una persona deja de ser propietario al mismo tiempo que otra pasa a serlo, y puesto que él o los asignatarios no han realizado ninguna actividad económica para poder recibir la asignación; puesto que nada da a cambio de lo que recibe. Es precisamente el fallecimiento del causante lo que trae consigo la transmisión de su patrimonio, a diferencia de la tradición que es un modo de adquirir típicamente entre vivos, ya que es un convenio, según lo establece el artículo 653 del Código Civil.

1.1.5 Fundamento de la Sucesión por causa de Muerte

Se puede decir que la sucesión mortis causa tiene un doble fundamento: El primero se refiere, a que el Derecho Sucesorio esta íntimamente vinculado al reconocimiento de la propiedad privada. Si esta estuviera limitada a la duración de la

¹⁶ Ibidem. Pág. 11.

vida de un hombre no cumpliría la función que le es propia. De modo que dicha propiedad no desarrolla toda su eficacia sino cuando esta es heredada.¹⁷

Con el segundo se ha sostenido, que la idea de la sucesión se asocia a la utilidad social, de una experiencia de siglos nos permite atribuir al hecho, de que el individuo trabaje, prospere, organice y acumule sostenido por la persuasión de que la obra que realiza se perpetuará en los seres de afección o en las fundaciones de su voluntad, utilidad social que resulta del ejercicio de deberes de familia y del cumplimiento de obligaciones.¹⁸

1.1.6 Elementos de la Sucesión por Causa de Muerte

Entre los elementos que integran a la sucesión mortis causa, se pueden mencionar:

- La persona fallecida, causante, autor de la sucesión o de cujus,
- La persona física o jurídica a la que se transmite la herencia o llamado también sucesor, ya sea este Universal o Singular,
- La herencia, la cual es el contenido de lo que se transmite.

1.1.7 Conceptos Relativos a las Sucesiones

Para el desarrollo de esta investigación, se hará uso de un lenguaje técnico-especializado de acuerdo a la naturaleza de la misma, y con el objeto de que el lector tenga una mayor comprensión de lo que se trata de establecer, consideramos necesario definir una serie de conceptos, que tienen una gran relevancia. Estos conceptos han sido

¹⁷ Cordoba-Levy, Solari-Wagmaister, Derecho Sucesorio, Tomo I, Editorial Universidad, 2ª Edición, Buenos Aires, Argentina, 1995, Pág. 24.

¹⁸ Ibidem. Pág. 25.

extraídos de diferentes textos, diccionarios y cuerpos legales que tratan sobre el objeto a investigar, los cuales son:

Asignación: Es señalar lo que le corresponde a una persona, atribuirle alguna cosa a alguien o destinársela.¹⁹

Causante: Autor de la Sucesión, la persona cuya muerte origina automáticamente la apertura de la sucesión. Es quien por acto entre vivos transmite su derecho; como el donante, el vendedor, el transmitente o “tradens” en términos latinos.²⁰

Causahabiente: se dice del titular de Derechos que provienen de otra persona denominada causante o autor. Quien por herencia o subrogación ha adquirido el derecho perteneciente antes a distinto sujeto.²¹

Caudal Relicto o Hereditario: Es lo perteneciente a la herencia o lo que con ella se adquiere; el conjunto de bienes que quedan al fallecimiento de una persona y constitutivos de su patrimonio. Se les llama también bienes hereditarios.²²

Coheredero: Es el heredero que en unión de otro u otros; ósea, el que es llamado junto con alguno mas a la sucesión de una herencia.²³

Concepturus o Nondum Conceptus: Es una designación técnica generalmente aceptada con la que se expresa la idea de la posibilidad del nacimiento de una persona que no esta concebida en el momento de la creación de un acto jurídico.

¹⁹ Romero Carillo, Roberto, Nociones de Derecho Hereditario, Ediciones Ultimo Decenio, 3ª Edición, El Salvador, 1984, Pág. 6.

²⁰ Cabanelas, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta, 21ª Edición, Buenos Aires, Argentina, 1989, Pág. 113.

²¹ Ibidem. Pág. 113.

²² Ibidem. Pág. 109.

²³ Ibidem. Pág. 109.

Derecho Sucesorio: Es el conjunto de normas jurídicas destinadas a regular la suerte del patrimonio de una persona con posterioridad a su fallecimiento. Parte del Derecho civil, que estudia en lo teórico y en lo práctico, lo atinente a las transmisiones patrimoniales y da otros Derechos por causa de muerte.²⁴

Hereditario Universal: Se llama así a quien o quienes pasan todo o una parte del patrimonio del causante, representa un concepto opuesto al heredero singular, que es quien recibe en herencia un objeto particular. En realidad, todos los herederos reciben a título universal y todos los legatarios a título singular.²⁵

Herencia: Patrimonio que se transmite por causa de muerte del dueño.²⁶ No es mas que el mismo patrimonio transmitido, ese conjunto de de Derechos, bienes y obligaciones valuables en dinero y concluida la transmisión deja de llamarse herencia.

Legado: Disposición Testamentaria a título particular que confiere Derechos Patrimoniales determinados que no atribuyen la calidad de heredero. En la Doctrina general se dice que el legado es título singular cuando comprende uno o varios objetos determinados.²⁷

Libertad de Testar o Libre Testamentifacción: Es la facultad que tiene toda persona de hacer libremente su testamento, sin más limitaciones que los requisitos que para ello exige la Ley.²⁸

²⁴ Osorio, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, 27ª Edición, Buenos Aires, Argentina, 2000, Pág. 320.

²⁵ Ibidem. Pág. 472

²⁶ Romero Carrillo, Roberto, Op. Cit. Pág. 4.

²⁷ Osorio, Manuel, Op. Cit. Pág. 561.

²⁸ Romero Carrillo, Op. Cit. Pág. 5.

Nacimiento: Significa aparecer y entrar en la vida visible. Es brotar hacia el exterior. No implica solo salir del vientre materno sino comenzar a vivir por cuenta propia. La separación completa de la criatura de la madre.

Nasciturus: Vocablo de origen latino, que deriva a su vez del latín “naceré”, denominación de nasciturus identifica “al que va a nacer” o “al por nacer”, esto es al engendrado, no nacido aún.

Parto: Es el conjunto de fenómenos que tienen por objeto hacer pasar al feto, impulsado por el útero, a través del canal pelviano.

Patrimonio: Representa una universalidad constituida por el conjunto de Derechos y Obligaciones que corresponden a una persona y que pueden ser apreciables en dinero. Etimológicamente hace referencia al conjunto de bienes que se heredan del padre o de la madre.²⁹

Sucesión: Significa propiamente la transmisión del patrimonio, el traslado del conjunto de Derechos y Obligaciones valuables en dinero de una persona fallecida a otra u otras que le sobreviven, a quienes la Ley o el Testamento llaman para recibirlos. Es entonces un acto jurídico o lleva implícito un acto jurídico que es la transmisión. Existen diferentes clases de sucesiones: **La sucesión entre vivos**, aquí solamente se pueden suceder bienes singularmente considerados; mientras que en **La sucesión por causa de muerte** no solo se puede suceder en los bienes singularmente considerados, sino en todo el patrimonio o en parte (cuota) de esa universalidad.³⁰

²⁹ Osorio, Manuel, Op. Cit. Pág. 729.

³⁰ Romero Carrillo, Roberto, Op. Cit. Pág. 4.

Testamento: Acto celebrado con las solemnidades de la Ley, por el cual una persona dispone de todo, o en parte de sus bienes, para después de su muerte. Es también y sobre todo, el documento en que consta la última voluntad de carácter patrimonial de la persona, y puede tratar sobre otras cuestiones.³¹

Transmisión: Vocablo equivalente a cesión, dejación, enajenación, traspaso, sucesión, transferencia; basta indicar estas equivalencias para advertir sus alcances jurídicos, todos los cuales se examinan en las voces correspondientes.³²

Vocación Sucesoria: Es estar en la posibilidad de suceder a determinada persona, y este virtual derecho de heredar, solo puede provenir de un llamamiento hecho con tal finalidad, desde antes de la muerte del causante.³³

1.2 Capacidades e Incapacidades para Suceder

El término capacidad, viene de la voz latina “Capacitas”, que en su amplia acepción significa aptitud, de la persona que tiene aptitud para hacer algo, decimos que es capaz.

En sentido Jurídico la Capacidad, es la aptitud legal de las personas para el goce y ejercicio de los Derechos Civiles. Goza de ese Derecho quien lo hace valer.

Existen dos clases de capacidades: **Capacidad de Goce:** Llamada también Capacidad Jurídica o de Derecho, que es la que tiene toda persona sin necesidad de encontrarse dotada de una voluntad reflexiva. Toda persona por el simple hecho de ser tal, tiene esta capacidad para ser titular de Derechos Subjetivos Patrimoniales.

³¹ Osorio, Manuel, Op. Cit. Pág. 968.

³² Ibidem. Pág. 988.

³³ Romero Carrillo, Roberto, Op. Cit. Pág. 70.

Capacidad de Ejercicio: Llamada también capacidad de obrar, que solo la tienen las personas con una voluntad plenamente desarrollada, la que la Ley presume en los mayores de edad.

Para que la sucesión por causa de muerte se realice, son necesarios ciertos factores, que son: a) La muerte de una persona; b) Un patrimonio dejado por la persona fallecida; c) La persona que sucede el patrimonio, es decir el sucesor.

El tercero de los factores, es el que más nos interesa para el objeto de la investigación, debido a que, para que el sucesor exista legalmente es indispensable que reúna ciertos requisitos denominados “generales”, los cuales son: la Capacidad y la Dignidad. Se les denomina generales, porque se les aplica a todas las sucesiones.

Dentro de las sucesiones se distinguen dos clases más de capacidades, se habla de una capacidad activa y una capacidad pasiva.

✓ **La Capacidad Activa:** Es la que debe tener el testador, al momento de otorgar su testamento.

✓ **La Capacidad Pasiva:** Es aquella que debe tener una persona para suceder. Esto es la aptitud legal para suceder una persona a otra. La habilidad para adquirir por causa de muerte, para ser heredero o legatario.³⁴

La capacidad pasiva, es lo que constituye en gran parte, el objeto del presente trabajo. Surge entonces una interrogante, ¿Quiénes son capaces de suceder?, la respuesta se encuentra en el artículo 962 C.C., que dice que todas las personas son capaces de

³⁴ Sastre Muncunill, Luis Roca, Derecho de Sucesiones, Tomo I, Casa Editorial Bosch, S.A., 2ª Edición, Barcelona, España, 1995, Pág. 385.

sucedir, es la regla general, pero como se sabe toda regla general tiene excepciones y estas son las Incapacidades.

Partiendo de esto se dice que una persona es incapaz para suceder por causa de muerte, cuando carece de la aptitud o habilidad para ser heredero o legatario.

La incapacidad para suceder por causa de muerte, es de dos maneras: Absoluta y Relativa.

- ✓ **Incapacidades Absolutas:** Falta de capacidad para suceder a cualquier persona.
- ✓ **Incapacidades Relativas:** Falta de capacidad para suceder a determinadas personas.

Las causales de incapacidad que estudia la doctrina y nuestra Ley son: **a)** La de la persona que no existe al tiempo de abrirse la sucesión, o al tiempo de cumplirse la condición suspensiva, si la herencia o legado se dejan, con esta modalidad; **b)** La de las cofradías, gremios o establecimientos, cualesquiera que no sean personas jurídicas; **c)** La del que, antes de deferírsele la asignación, hubiese sido condenado por adulterio con el causante o acusado de dicho delito si se siguiese condenación judicial; **d)** La del ministro de cualquier culto para recibir herencias o legados por testamento otorgado durante la última enfermedad del causante a quien confeso o asistió durante la misma enfermedad o habitualmente en los dos años anteriores al testamento, y esto también es aplicable al médico de cabecera del testador; **e)** La del notario o funcionario que haya autorizado el testamento, o del cónyuge de los mismos, o de cualquiera de sus descendiente, ascendientes, hermanos, cuñados o sirvientes de ellos.

Las primeras dos causales son incapacidades absolutas y las restantes son incapacidades relativas.

1.2.1 Causas de Incapacidad para Suceder por Causa de Muerte

➤ Incapacidad de Suceder por no existir al tiempo de abrirse la Sucesión

El artículo 963 C.C. expresa, que para ser capaz de suceder es necesario existir al tiempo de abrirse la sucesión. “Por consiguiente es incapaz el que no existe al tiempo de abrirse la sucesión, el día de la muerte del causante”.³⁵

Pero no es menester la existencia legal, basta la natural, pues bien nada ha dicho en especial el Código Civil, es fácil concluir que bastara, para ser sucesor, con que la criatura este concebida y que su nacimiento llegue a producirse.

Más que una capacidad, lo que la Ley exige es que el sucesor tenga existencia, al menos natural, al tiempo de abrirse la sucesión.

Se refiere a la no existencia en el momento de abrirse la sucesión, salvo el caso de la transmisión. De manera que la incapacidad, no es en si una incapacidad, pues cuando se habla de transmisión, se hacen necesariamente dos sucesiones, la sucesión directa, que es la voluntad propia del causante y la aceptación indirecta, porque los herederos no tienen vocación sucesoria propia y necesitan de alguien que si la tenga, Ej.: Una persona fallece en 1990 y le deja a su hijo, todo su patrimonio, pero al cabo de unos años, este muere sin haber aceptado o repudiado la herencia, entonces transmite ese Derecho de aceptar o repudiar la herencia a sus descendientes.

³⁵ Domínguez Benavente, Ramón, Op. Cit. Pág. 196.

Pero fuera del Derecho de Transmisión, hay verdaderas excepciones en donde regula el artículo 963 inc. 3 C.C., sino existen, pero se espera que existan. Es el caso de los Nasciturus: criaturas que están en el vientre materno, que al momento de abrirse la sucesión tienen existencia natural.

➤ **Incapacidad por Falta de Personalidad Jurídica al tiempo de abrirse la Sucesión**

El artículo 964 C.C. dice “son incapaces de toda herencia o legado las cofradías, gremios o establecimientos, cualesquiera que no sean personas jurídicas.

El asignatario puede ser tanto una persona natural como una persona jurídica, pero estas, sólo pueden concurrir en caso de sucesión testada, ya que la Ley, con excepción del Fisco, solo llama a suceder a los parientes del causante.³⁶

Así como la persona natural debe tener existencia para ser sucesora, la persona jurídica, debe estar en proceso de creación o reconocida su personalidad al tiempo de la apertura de la sucesión.

➤ **Incapacidad del que antes de deferírsele la asignación hubiere sido condenado por el delito de adulterio con el causante, o acusado de dicho delito si siguiese condenado**

Esta contemplada en el artículo 965 C.C., opera tanto en la sucesión testamentaria como en la sucesión intestada, porque la Ley no distingue.³⁷

³⁶ Domínguez Benavente, Ramón, Op. Cit. Pág. 200.

³⁷ Romero Carrillo, Roberto, Op. Cit. Pág. 39.

No parece tener mas fundamento que el de considerarse inmoral, el hecho de que uno de los imputados de este delito suceda al otro, mirándose esto como una retribución por la cooperación prestada en este delito contra el matrimonio y a moral familiar. Si es así, tal incapacidad ya no debe existir, porque en los tiempos actuales el concepto de la moral es bastante distinto a la del siglo pasado, igual fundamento tendría el incesto, y sin embargo ya no esta regulado. Y según el artículo 965 C.C., no existe incapacidad, pues el adulterio ya no constituye delito.

➤ **Incapacidad del Eclético Confesor**

Conforme al artículo 966 C.C., por testamento otorgado durante la última enfermedad, no puede recibir herencia o legado alguno, el ministro de cualquier culto que hubiese confesado o asistido al testador durante la misma enfermedad, o habitualmente en los últimos dos años anteriores al testamento, incapacidad que es extensiva a la corporación religiosa o cofradía de que fuere miembro dicho ministro y que también se aplica al medico de cabecera del testador, esto es, a su medico de confianza.³⁸

Esta incapacidad tiene como fundamento una presunción de Derecho, pues la asignación se supone obtenida mediante la captación de la voluntad del testador, por haberse verificado maniobras tendientes a influenciar el ánimo de aquél, a favor de quien se verifica, debido a la intimidad de trato y confianza que se establecen entre las personas, máximo si se encuentran enfermas, y su confesor sobre todo, debido al temor reverencial que algunas personas inspiran en los enfermos. Esta incapacidad no comprende a la iglesia parroquial del testador, pues una asignación hecha a la misma, no

³⁸ Romero Carrillo, Roberto, Op. Cit. Pág. 40.

beneficia directamente al ministro religioso, sino que puede ser que vaya destinada al mejoramiento de la misma, a su estructura física.

➤ **El Notario o Funcionario que haya autorizado el testamento**

No vale la disposición testamentaria que fuese a favor del escribano que autorizase el testamento, ni del funcionario que haga las veces de tal, o del cónyuge de los mismos, o de cualquiera de sus ascendientes, descendientes, hermanos o empleados de los mismos.³⁹

Esta incapacidad tiene como base el mismo precepto del eclesiástico confesor, pues se trata de resguardar la libertad testamentaria, la cual podría verse afectada por la intervención del notario o de los testigos que intervienen en el otorgamiento del testamento, y con el ánimo de verse favorecidos, ellos o los parientes que la Ley menciona, pueden influir en el ánimo o voluntad del otorgante, para que este otorgue disposiciones a su favor.

1.3 Las Indignidades para Suceder

El Código Civil, no ha definido lo que es indignidad para suceder, sin embargo es fácil comprender su contenido. Se puede afirmar, en general, que es una anomalía de la vocación sucesoria, fundada en el demérito del sucesor, sea por haber faltado a los deberes que tenía con el causante, durante la vida de este; sea por faltar a sus deberes que el respeto a la memoria del de cujus le imponía. Es la falta de mérito para suceder a una determinada persona.

³⁹ Domínguez Benavente, Ramón, Op. Cit. Pág. 206.

La incapacidad y la indignidad, en muchas ocasiones pueden llegar a producir confusión, por el marcado nexo que existe entre ambas; pues impiden que el heredero haga suya la herencia; sin embargo puede señalarse una marcada diferencia que existe y es: que la incapacidad origina la nulidad de la disposición testamentaria, según el artículo 967 del Código Civil, en cambio la indignidad de suceder no provoca nulidad alguna, pues el efecto se produce de oficio iudicis, es decir que no produce efecto alguno, sino es declarada en juicio a instancia de los interesados, según el artículo 974 del Código Civil.

En cuanto a las indignidades que regula el Código Civil son once, y entre estas las principales son las contenidas en los cinco numerales del artículo 969 C.C., el cual manifiesta que: “son indignos de suceder al difunto como herederos o legatarios”:

- El que ha cometido el crimen de homicidio en la persona del difunto o ha intervenido en este crimen por obra o consejo, o le dejó perecer pudiendo salvarlo.
- El que cometió un hecho que la Ley castiga como delito contra la vida, el honor o los bienes que la persona de cuya sucesión se trata o de su cónyuge o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos con tal que el delito se pruebe por sentencia ejecutoriada.
- El cónyuge o consanguíneo dentro del cuarto grado inclusive, que en el estado de enajenación mental o indigencia de la persona de cuya sucesión se trata, no la socorrió pudiendo.
- El por fuerza o dolo, obtuvo alguna disposición testamentaria del difunto, o le impidió testar o variar el testamento.

➤ El que dolosamente a ha detenido u ocultado un testamento del difunto; presumiéndose dolo por el mero hecho de la detención u ocultación.

No profundizaremos en explicar en que consiste cada una de ella en virtud de que es necesario que el indigno de la sucesión tenga una edad considerable para que afecte los deberes que tenia con relación al causante. En este caso el Nasciturus por su condición, no entra en ninguno de los casos regulados en artículo 969 del Código Civil.

1.4 Efectos de las Incapacidades e Indignidades

La indignidad se distingue de la incapacidad en que el indigno es heredero, adquiere la Herencia aunque después se vea privado de ella; mientras que el incapaz no puede ser heredero en ningún momento.⁴⁰

La asignación hecha a favor de una persona incapaz adolece de nulidad absoluta, aunque en verdad más bien puede tratarse de una causa que se opone a la vocación sucesoral, en el sentido que un incapaz jamás ha podido suceder, de tal forma que se le considera como alguien extraño a la sucesión que nunca ha podido adquirir la asignación.

Si se practicara así una asignación, esta tendría un objeto ilícito, pues se trataría de la realización de un acto vedado por la Ley y por ello es que sería rotundamente nulo.

La incapacidad esta empleada no solamente a tutelar los intereses del causante, sino también el interés colectivo y por ello el testador no puede volver capaz a los que la Ley con anterioridad ha Declarado ser incapaces.

⁴⁰ Lacruz Berdejo, José Luis y otros, Elementos de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones, José Maria Bosch Editor, S.A., 5ª Edición, Barcelona, España, 1993, Pág. 69.

Pero una persona que ha sido declarada incapaz puede llegar a adquirir una asignación por la figura de la prescripción, “porque puede llegar a darse el caso que habiendo entrado en posesión de la herencia o legado, llegue a adquirirlo por prescripción; pero ya el asignatario no hace valer su figura como tal”⁴¹, sino que actúa como un extraño que adquiere una cosa por prescripción adquisitiva.

1.5 Formas Indirectas de Suceder

Antes de entrar en materia con el Derecho de Transmisión, es necesario hacer alusión a la Sucesión Indirecta y al Derecho de Opción, para comprender con mayor claridad la relación que guardan entre si.

Se puede suceder en forma directa o personal y en forma indirecta. Sucede en forma directa quien es llamado en virtud del testamento o por la Ley, en consecuencia no tiene que prevalecer el Derecho que otro tenía como asignatario y no quiso o no pudo ejercer. Y sucede en forma indirecta quien es llamado a hacerlo en defecto de otro. Se dice que es indirecta porque los herederos no tienen vocación sucesoria propia, necesitan de alguien que si la tenga, su vocación sucesoria es subsidiaria.

Ahora bien el Derecho de Transmisión o Transmisión del Derecho de Opción, es una de las dos formas de sucesión indirecta; la otra es el Derecho de Representación, de la cual se hablara después.

✓ **Derecho de Opción:** Aquel a quien se le ha hecho la delación, esto es, el actual llamamiento, es porque tiene vocación sucesoria, es decir posee la aptitud para suceder al de cuius. Tal vocación sucesoria puede venirle de la voluntad expresa del causante o de

⁴¹ Domínguez Benavente, Ramón, Op. Cit. Pág. 212.

la Ley; y tiene respecto a la atribución que se le hace dos caminos a escoger: uno es que puede repudiar la herencia o legado a que es llamado, o puede aceptarlos.

Al acto de aceptar o repudiar la herencia, se le conoce como Derecho de Opción, y produce según el Código Civil en el artículo 1161, efectos “ut extunc” (desde antes retroactivos).

1.5.1 Derecho de Transmisión

1.5.1.1 Antecedentes Históricos

Tratando de encontrar los orígenes de este Derecho, encontramos que se remonta hacia el Derecho Romano. Tomando su desarrollo jurídico con la aplicación del rigor de los principios establecidos en dicho Derecho, tal es el caso de la delación que no hacía entrar nada en el patrimonio del heredero y por lo mismo no daba la facultad de adquirir la herencia; facultad que solamente una eventualidad unida exclusivamente a la personalidad del heredero. Para que esta eventualidad llegara a hacerse realidad un Derecho Patrimonial, era preciso un acto de adquisición, esto era expresamente consagrado por la Constitución de Justiniano del año 534.

Como todos los principios rigurosos del Derecho Civil, este relativo a la imposibilidad de la transmisión a los herederos del Derecho, a una herencia no cedida por el de cujus en vida, experimenta algunas excepciones que daban como resultado dicha transmisión. Una de estas era la que tenía lugar cuando el de cujus se hallaba en el caso de la restitución contra la repudiación o la omisión de una sucesión o fallecía antes de haber sido restituía, transmitía a sus herederos el Derecho de obtener esa restitución, lo que implica el Derecho de poder aceptar la sucesión repudiada u omitida.

Theodonidio II permitió a los hijos, en general a los descendientes, instituidos por un ascendiente, si morían antes de abrirse el testamento, transmitir el Derecho de Herencia que les era deferido a sus herederos descendientes, aunque murieran sin haber tenido conocimiento de la delación.

En el antiguo Derecho Español, se había establecido también la necesidad de la adición de la herencia o legado, para que pudiera considerarse que esa herencia o legado, había sido definitivamente adquirida.

El Derecho de Transmisión en nuestro Código Civil y su relación con el Derecho Francés. Nuestro Código Civil siguiendo los lineamientos del Derecho francés, respecto a la transmisión ha establecido el principio contrario al de las legislaciones antes mencionadas, pues se transmite el derecho de aceptar o repudiar la asignación, aunque el asignatario ignore que se le ha deferido. Se exige del que será heredero una aceptación o una renuncia. No es la adición del Derecho romano. Nuestro Código Civil introduce una derogación esencial al Derecho romano, al declarar que la propiedad y la posesión de la herencia son transmisibles de pleno Derecho a los herederos legítimos, según el artículo 957, resulta de este nuevo principio, que el derecho hereditario, esta ya en su patrimonio, ya que si muere transmite su derecho a sus herederos, los cuales podrán aceptar o repudiar, entendiéndose por aceptar una sucesión, confirmar la transmisión que se ha operado en virtud de la Ley.

Esta interpretación es la de todos los autores en general precisa el sentido del artículo 781 del Código Francés, en cuanto a que este expresa que “cuando aquel a quien ha correspondido una sucesión ha fallecido sin haberla repudiado expresa o tácitamente,

sus herederos pueden aceptarla o repudiarla en su lugar”⁴², este mismo es el alcance de nuestro Código Civil.

1.5.1.2 Concepto

Hemos mencionado que una vez producida la delación de la asignación, el asignatario tiene la atribución de pronunciarse respecto de su herencia o legado, ya sea aceptándola o repudiándola. En ese caso pueden darse dos situaciones posibles: La primera de ellas, que el asignatario, entre la delación y su fallecimiento haya alcanzado a aceptar la asignación deferida; en esta situación va a transmitir a sus herederos los bienes comprendidos en la asignación.

La segunda, que el asignatario fallezca sin haberse pronunciado respecto a la herencia o legado que le ha sido deferido. En tal evento transmite a sus herederos la facultad que él tenía de aceptar o repudiar la asignación. Es lo que en nuestro Código Civil se denomina Derecho de Transmisión y que de acuerdo al artículo 958 consiste en: “si el heredero o legatario cuyos derechos a la sucesión no han prescrito, fallece antes de haber aceptado o repudiado la herencia o legado que se le ha deferido, transmite a sus herederos el derecho de aceptar o repudiar dicha herencia o legado, aun cuando fallezca sin saber que le ha sido deferida”.

1.5.1.3 Elementos del Derecho de Transmisión.

- Se trata de dos causantes, de dos sucesiones, en que el primer causante difiere al segundo,

⁴² Aguilar Lemus, Regimo Antonio, Derecho de representación y Transmisión de la herencia en la Ley de Gravamen de Sucesiones, San Salvador, EL Salvador, 1992, Pág. 14.

- Que el segundo causante o de cujus en vida no haya aceptado o repudiado la herencia a él deferido,
- Que ese Derecho de aceptar la herencia no haya prescrito,
- Que para ejercitar ese Derecho de herencia, es necesario aceptar primero la herencia del segundo causante, que es quien da el Derecho a lo que el primero transmite,
- Este Derecho se puede ejercer tanto en las sucesiones testamentarias como en las intestadas.⁴³

➤ El primer elemento trata de dos sucesiones que se han abierto, una después de la otra, y que por lo tanto, existen un primer causante y un segundo causante, que indican el orden de sus fallecimientos; el segundo de los causantes estaba llamado a suceder al primero ya fuera como heredero o legatario, sin embargo falleció sin haber hecho uso de su Derecho de Opción.

Si sus Derechos a la a la sucesión del primer causante aun no han prescrito, le transmite a sus herederos el Derecho de Opción, es decir el de aceptar o repudiar la asignación que se le había deferido. De lo apuntado anteriormente podemos deducir tres términos: el primer causante, el segundo causante y los herederos del segundo causante.

➤ Como segundo elemento podemos decir: Toda vez que la asignación se haya deferido y el asignatario fallece sin hacer uso de su Derecho de Opción, transmite ese derecho a sus herederos. El Derecho de Opción es un elemento transmisible del patrimonio del heredero o legatario que falleció sin haber optado. Mientras el heredero o legatario no declare su voluntad, la asignación estará en suspenso, ignorándose su

⁴³ Giralt G., José Arquímides, De la Capacidad de Heredar y Testar, San Salvador, El Salvador, 1970, Pág.

incorporación o no al patrimonio del heredero o legatario. La facultad que tiene de declarar si acepta o repudia la asignación y si fallece sin haberlo declarado, sus herederos encuentran ese Derecho en su sucesión, dicho derecho se transmite y pueden usarlo como si la asignación les hubiera sido deferida a ellos directamente.

➤ El tercer elemento se refiere, a que le heredero o legatario puede hacer su declaración de aceptación, mientras sus derechos a la sucesión no hayan prescrito, según lo establece el artículo 2256 del Código Civil, y sin perjuicio de la facultad que tienen los acreedores o personas interesadas en ello, para obligarlo a declarar si acepta o repudia (artículo 1155 C.C.), por lo tanto transite este derecho de aceptar o repudiar, se fallece antes de la prescripción de tales Derechos.

Sino ejerció los derechos a la sucesión antes de su prescripción, no puede transmitir el derecho de aceptar la herencia o legado deferido, porque dicho heredero o legatario ya ha perdido el Derecho de aceptar o repudiar, por no ejercerlo en su oportunidad.

➤ Cuarto: al tratarse de dos causantes y de dos sucesiones, es necesario aceptar la herencia de quien era titular de un Derecho de Opción, para poder ejercer el mismo, ya que como mencionamos anteriormente el derecho de opción es un elemento transmisible del patrimonio del heredero o legatario, que falleció sin haber optado; el sucesor de este lo recibe como parte del patrimonio de que su causante era titular; es por ello que se debe aceptar el patrimonio que perteneció a quien no acepto ni repudio la asignación, que a el se le había deferido, así lo establece el artículo 958 inciso 2 del Código Civil.

➤ EL quinto elemento se refiere a la asignación que pudo estar llamado quien falleció sin aceptarlo ni repudiarla, puede haber sido a título universal o a título singular, es decir una herencia o un legado, así como también pudo haber sido por voluntad expresa del causante (testamentaria) o por ministerio de Ley (abintestato), ya que la transmisión del Derecho de opción o Derecho de Transmisión opera de igual forma en la sucesión testamentaria como en la intestada.

Romero Carrillo señala: “Es indiferente que aquel a quien se transmite el derecho de opción sea heredero testamentario o abintestato de quien se le transmite pero es condición indispensable que sea un heredero un sucesor a título universal”.⁴⁴

Un heredero a título universal puede ser: de cuota o de remanente. Es a los herederos a quienes se les transmite la herencia, la que incluye, tanto derechos como obligaciones. Es por ello que un Legatario no puede ejercer ese derecho de opción, pues a ellos únicamente se les transite una especie o cuerpo cierto, singularmente individualizado de toda la universalidad, que es la herencia. Por lo tanto no puede cumplir con el requisito de aceptar la herencia de quien lo transmite. Puede asegurarse que en toda sucesión por causa de muerte hay transmisión, pero no siempre hay derecho de transmisión, en esta se transmite la opción de aceptar o repudiar la herencia, no la asignación misma.

1.5.1.4 Sujetos que intervienen en el Derecho de Transmisión

✓ **Causante:** Es el que instituye una herencia o un legado de la que el asignatario no pudo pronunciarse.

⁴⁴ Romero Carrillo, Roberto, Op. Cit. Pág. 77.

✓ **El Transmitedente o Transmisor:** Es la persona a quien el causante dejó la herencia o legado y que falleció sin haberse pronunciado respecto de la asignación.

✓ **El Adquirente o Transmitedido:** Es quien adquiere el derecho de Transmitedión. Heredero del transmitedente o transmisor, que tiene la facultad de aceptar o repudiar la asignación que perteneció a su causante, y como requisito tiene que ser asignatario a título universal del adquirente, tal como se menciona anteriormente.

1.5.1.5 Ordenes de la Sucesión - Por cabeza y Por estirpe -

El Derecho del transmitedente o transmisor deriva del primer causante; y el transmitedido del segundo causante. Por lo que el transmitedente debe reunir los requisitos de capacidad y dignidad respecto del primer causante, así como el transmitedido en relación a este, no importando que no los reúna respecto al primero, ya que sus Derechos no derivan de él, sino del segundo causante, en consecuencia debe existir al momento de su fallecimiento.

“En la sucesión indirecta, puede darse el caso que una persona suceda al mismo causante en forma directa y en forma indirecta porque también puede estar llamada, así como estaba el transmitedente a la sucesión del primer causante, como cuando un hombre fallece dejando como sucesible a su esposa y a su hijo, y la cónyuge fallece después sin haber aceptado o repudiado la herencia de su esposo, caso en el que se transmite al hijo ese derecho de opción; luego este acepta la herencia de su padre por derecho propio y por transmitedión del derecho que a su madre le correspondía en la misma”.⁴⁵

⁴⁵ Ibidem. Pág. 79.

1.6 Derecho de Representación

Así como se estableció anteriormente el Derecho de Representación es una de las formas de suceder indirectamente, pero no hay que confundir el Derecho de Representación con la Representación de que se habla en los actos jurídicos, la cual consiste en que los actos o contratos celebrados por una persona a nombre de otra, van a producir sus efectos en el patrimonio de la persona en cuyo nombre se actúa.

1.6.1 Origen Histórico

La Representación tiene sus orígenes en el Derecho Romano, la línea recta descendente, fue creada por los pretores y los jurisconsultos, quienes en su preocupación por el perfeccionamiento del Derecho, imaginaron la ficción de la supervivencia del presunto heredero muerto, a fin de que sus hijos no recogieron más de la parte que hubiera correspondido a su padre. La determinación de la porción hereditaria de los nietos, no fue en su origen romano una ficción para acercarlos al grado de sus tíos, ni fue un beneficio o privilegio, sino que fue una ficción tendiente a limitar el Derecho que originalmente tenían por la Ley de las Doce Tablas, que los llamaba igualmente con sus tíos. En el antiguo Derecho Romano la institución regia solo por la línea recta descendente. En la línea colateral, la Ley de las Doce Tablas, devenía la sucesión al pariente más próximo. Pero fue Justiniano quien derogo esa Ley, llamando a los sobrinos en concurrencia con los hermanos del difunto, y les dio la parte que hubiese correspondido a su padre si viviese. Esta vocación hereditaria fue un beneficio, porque

antes, los sobrinos no la tenían.⁴⁶ En el Derecho Francés, acordaron la representación a favor de los descendientes en la línea recta y en la colateral, a favor de los sobrinos. Por el contrario en las provincias de Derecho consuetudinario, fue desconocida por mucho tiempo, pues el Derecho de todas ellas defería la sucesión al parientes mas próximo en grado, pues las costumbres no admitieron e imaginaron un medio de suplirlas: permitieron a las personas ordenar que en caso de fallecimiento de algún heredero, los hijos de este lo representaban en la sucesión.

En el Derecho intermedio o revolucionario francés, dio a la representación, la más amplia extensión conocida, pues no solo la admitió al infinito en la línea recta descendiente, sino que le dio la misma extensión en la línea colateral. Tiene su explicación y justificación, puesto que cuyo propósito era el de producir el más grande fraccionamiento de la riqueza inmobiliaria, mediante la concentración de los bienes en pocas manos. Pasando el Periodo revolucionario los autores del Código Francés, limitaban la representación a la línea colateral a favor de los hijos y descendiente de los hermanos.

En la antigua legislación Española, podemos mencionar importantes instituciones como son: el fuero real, el cual establecía que los órdenes de herederos son los descendientes legítimos, los hijos naturales y los ascendientes legítimos, pero nada estatuye sobre la representación.

En el Código Argentino, se ve ya como un Derecho, por el cual los hijos de un grado ulterior son colocados en el grado que ocupaba su padre o madre en la familia del

⁴⁶ Domínguez Benavente, Ramón. Op. Cit. Pág. 15

difunto, a fin de suceder juntos en su lugar a la misma parte de la herencia a la cual el padre o la madre habrían sucedido.⁴⁷

En nuestro Código Civil, dice que cuando no hay testamento el legislador gobierna la sucesión, teniendo en cuenta la voluntad presunta del difunto, y el deseo de proteger a los parientes del causante, partiendo del orden natural de los afectados, por tanto faltando un hijo es justo que los afectos del causante descendan hacia los hijos de ese hijo y así sucesivamente, por la cual “se puede representar a un padre o madre que, si hubiese querido o podido suceder, habría sucedido por Derecho de Representación”.⁴⁸

1.6.2 Naturaleza Jurídica

1.6.2.1 Teoría del Privilegio

La Representación ha sido considerada en el orden del tiempo como un privilegio o beneficio; después como una ficción y por último como un Derecho. En el Derecho Romano, la representación fue concebida como un privilegio conferido a los sobrinos, los cuales eran llamados a la sucesión en concurrencia con sus tíos, de modo que cuando aquellos estaban solos, no necesitaban invocar tal privilegio pues eran los parientes mas próximos en grado, heredaban por derecho propio.⁴⁹

1.6.2.2 Teoría de la Ficción

Durante mucho tiempo se enseñó que el Derecho de Representación era una ficción legal, la cual consistía en considerar al representado como si estuviese vivo al tiempo de la muerte del causante, o mas propiamente la ficción consistía en hacer revivir

⁴⁷ Ibidem. Pág. 17.

⁴⁸ Somarriva Undurraga, Manuel, Op. Cit. Pág. 102.

⁴⁹ Aguilar Lemus, Regino Antonio, Op. Cit. Pág. 49.

a la persona premuerta en la persona de sus representantes. La regla de la proximidad del grado se encuentra modificada por la representación, de modo que cuando un hombre ha fallecido antes de la apertura de la sucesión a la cual hubiese sido llamado como pariente más próximo, la Ley finge que existe en sus hijos al momento en que la sucesión se abre.

Esta ficción de la Ley tiene por objeto hacer suceder a los hijos como si hubiesen sucedido su padre o madre.⁵⁰ Existe una discusión en la doctrina, de que si la representación es una ficción o un privilegio, aunque no todo privilegio es una ficción, la ficción es un privilegio, porque esta solo se establece por la Ley y para los casos expresados por la misma.

1.6.2.3 Teoría Adoptada por el Código Civil

Nuestro Código Civil establece que la Representación es una ficción legal, según el artículo 984, pues expresamente así lo menciona en el inciso segundo, y el artículo 987 del mismo cuerpo legal parece adoptar la teoría de que la representación es un Derecho, al preceptuar que se puede representar al ascendiente cuya herencia no se ha repudiado.

1.6.3 Sujetos que Intervienen en la Representación

En el Derecho de Representación como en el de Transmisión intervienen tres personas: a-) El primer causante, b-) El representado, y c-) El o los representantes.⁵¹

1.6.4 Requisitos que Deben Concurrir

Para que la Representación tenga lugar, la doctrina y nuestra legislación han exigido ciertos requisitos que deben reunir tanto el representado como el representante:

⁵⁰ Ibidem. Pág. 51.

⁵¹ Somarriva Undurraga, Manuel, Op. Cit. Pág. 102.

1.6.4.1 Requisitos del Representado

1- Que haya prefallecido con respecto al de cujus: si el representante ocupa en la sucesión el lugar del de cujus o el grado que le correspondía al representado, es menester que dicho lugar se encuentre vacante, porque el heredero que vive al tiempo de la apertura de la sucesión ocupa su grado y sus descendiente no pueden en consecuencia, venir a ocuparlo.

2- Que tenga vocación hereditaria o personal: si la representación consiste en colocar a los descendientes en el grado que ocupa su ascendiente, con el propósito de que sucedan juntos a la misma parte de la herencia a la cual el ascendiente habría sucedido, es evidente que no basta el prefallecimiento del representado, sino que también es menester que se trate de una persona que ocupa o tenía un grado en la familia del difunto y que además hubiera tenido parte en la herencia de éste; es decir, es preciso que se trate de una persona que tenga vocación hereditaria.

1.6.4.2 Requisitos del Representante

- Que sea descendiente del representado: Es norma fundamental que el representante deba ser hijo o descendiente del representado, debido a que la representación es el Derecho por el cual los hijos o descendientes son colocados en el grado que ocupan los padres en la familia del difunto, a fin de recibir la parte de la herencia que hubiese correspondido a aquellos.

- Que tenga vocación hereditaria propia o personal: No cualquier descendiente de un presunto heredero prefallecido o de un heredero excluido puede recoger la parte de la herencia que hubiera correspondido a su ascendiente en la sucesión del de cujus, sino

solamente aquellos descendientes que en ausencia de herederos mas próximos, hubiesen sido llamados, (ellos solos o por la Ley) para recoger la herencia.

En el Derecho de Representación, la delación se verifica en los casos de premuerte e incapacidad del asignatario, y se verifica cuando se trata de repudiación e indignidad.

La premuerte del asignatario, incapacidad, indignidad y repudiación, el que estaba originalmente llamado a suceder y no quiso o no pudo hacerlo y ese lugar es llenado por otro pariente del causante, a quien la Ley previamente ha designado y como quien ocupa ese lugar, había sido colocado ahí en virtud del grado de parentesco que lo unía con el causante, ese mismo grado se supone existente en quien lo llena, por lo que se asume todos los derechos hereditarios del que no pudo o no quiso heredar.

Existe pues, para ciertos parientes del causante un llamamiento subsidiario, supeditado a que no se actualice el de un pariente más próximo, al tener efecto ese llamamiento subsidiario, el pariente lejano adquiere por disposición de la Ley, un grado de parentesco más cercano lo cual es imposible realmente y por eso solo se trata de una ficción que recibe el nombre de Representación; y este no consiste en que una persona ascienda de orden, sino introducir a alguno de ellos que originalmente no figuraba en él, ese orden que otro ha dejado de ocupar y quien es descendiente del causante o hermano y eso significa que es un modo indirecto de suceder, sólo tiene lugar en la línea descendiente del propio causante y en la línea descendiente de sus hermanos, siempre que estos hubieran estado llamados originalmente a suceder, así lo establece el artículo 984 del Código Civil.

1.6.5 La Representación en Relación al Parentesco

➤ Representación en la línea recta

El artículo 986 del Código Civil, en su inciso 1° manifiesta, que habrá siempre lugar a la representación en la descendencia del difunto y en la descendencia de sus hijos.

Se trata de una representación que tiene lugar en la línea recta descendente del causante, sin límite legal, lo cual pone en duda la expresión siempre, pues el límite que puede tener es solo el dado por la naturaleza y tomándose en cuenta el promedio de la duración de la vida de las personas, es muy raro que alguien tenga descendientes más allá de los bisnietos.⁵²

➤ Representación en la línea colateral

El mismo artículo 986 en su inciso dos, expresa que solo tiene lugar la representación a favor de los hijos y nietos, aunque no concurran con sus tíos.

En esta línea el representado es hermano del causante, y es en la línea descendente del hermano que ocurre la representación, con el fin de colocarse en el lugar que ocupaba y por consiguiente, heredar al causante como si su propio hermano lo estuviera haciendo.⁵³

La representación siempre está operando en la línea recta descendente, pero de un modo distinto, en este caso del hermano del causante, por lo que siempre se cumple el principio de a quien se representa es siempre al padre o a la madre.

⁵² Romero Carrillo, Roberto, Op. Cit. Pág. 129.

⁵³ Ibidem. Pág. 131.

Significa en esta línea quienes heredan por derecho de representación son los sobrinos del causante, cuando su padre o su madre, que eran hermanos del causante estaban llamados a suceder, heredan en tercer orden de la sucesión intestada, porque es en este grado en que están los hermanos del causante. En esta línea la representación si tiene limitaciones, y solo tiene lugar a favor de los hijos y nietos, mas allá de este límite no hay representación.

➤ **Representación en varios grados**

El artículo 984 del Código Civil, permite representar al padre o la madre que si hubiese querido o podido suceder, habría sucedido por derecho de representación.

Ejemplo: El causante A, tiene un hijo B, este a su vez tiene un hijo C, que es nieto de A (el causante), este también tiene un hijo D, que es bisnieto del causante A. Si B repudia o es incapaz o declarado indigno, su hijo C tiene derecho a representarlo para suceder al causante A, pero C no quiere o quiso hacerlo y repudia la herencia o no puede porque es incapaz o indigno respecto del causante A, entonces D bisnieto del causante A en representación de su padre C, acepta lo que a él podría haberle correspondido si hubiese querido o podido suceder por la representación de B en la sucesión de A. En este caso el bisnieto primero representa a su padre C, ya colocado en ese lugar también representa a su abuelo B, hay representación de dos grados (representación de varios grados), solo se puede dar con un mínimo de cuatro personas.

En el caso anterior se trata de un solo causante, por lo que los derechos a su sucesión son los únicos que se han aceptado por derecho de representación, pues lo que

ha motivado no es la premuerte del hijo, ni del nieto del causante A, como se vera a continuación.

Ejemplo: Con los mismos sujetos del ejemplo anterior, supongamos que el hijo B ha muerto antes que el causante A, habría otra herencia que D podría aceptar también por Derecho de Representación; la de B por representación de C y si antes de B ya había muerto el nieto C, habría otra herencia mas que D podría aceptar también, pero esta seria por derecho propio, las herencia de C y B también podría repudiarlas y aceptar únicamente la herencia de A por Derecho de Representación. Hay que tomar en cuenta que la herencia de C le corresponde a D por derecho personal, la de B por representación del mismo C y la de A por representación de B y en caso que acepte todas esas herencias el bisnieto D tiene que ser capaz y digno respecto de todos los causantes.

1.7 Diferencias entre el Derecho de Transmisión y el Derecho de Representación

La sucesión indirecta se presenta en dos situaciones, en el derecho de Transmisión y en el Derecho de Representación, y entre ambos derechos existen múltiples diferencias:

- El Derecho de Transmisión el legislador explica las reglas generales y en cambio la Representación es una ficción legal.
- En la Transmisión el derecho se adquiere, porque este va incluido en la herencia del transmitente; en la Representación se adquiere el derecho porque la Ley lo hace ocupar el lugar del representado.

- El transmitido debe ser digno y capaz de suceder al transmítente o transmisor; el representante debe serlo solo respecto del causante, no importando que no cumpla con estos requisitos del representado.
- En el Derecho de Transmisión, la herencia se transmite con el vicio de la indignidad, no así en la representación.
- El transmitido puede adquirir su Derecho, debe aceptar la herencia del transmitente; en cambio en la Representación se puede representar a la persona cuya herencia se ha repudiado.
- En el Derecho de Transmisión se aplica tanto a la sucesión testada como a la intestada; el Derecho de Representación solo se aplica a la Intestada.
- Se puede adquirir por Derecho de Transmisión tanto una herencia como un legado; por Representación solo se adquieren herencias más no legados, como consecuencia de que este Derecho solo opera en la sucesión intestada.
- En el Derecho de Transmisión el transmitente o transmisor debe haber sobrevivido al causante; en la Representación bien puede acontecer que el representado fallezca antes que el causante.
- Por Transmisión puede adquirir una herencia cualquier persona que invoque la calidad del heredero del transmitente; en cambio en el Derecho de Representación solo pueden adquirir las personas que se enumeran en el artículo 986 del Código Civil.

1.8 Clases de sucesiones.-

Por clases de sucesiones entendemos las diversas formas de sucesión a las que puede optar una persona y tienen su origen en la voluntad del difunto, en vista que de él

dependen, si la misma sucesión sea vía intestada o ab-intestato, por testamento o por algún defecto de éste último se vuelva mixta, estas tres recoge nuestra legislación y doctrinariamente también se encuentra la sucesión contractual.

1.8.1 La Sucesión Intestada.

Es aquella que se defiende en virtud de la ley, es decir, la ley suple la voluntad del causante, y esto ocurre cuando el causante no dispuso en vida de sus bienes para luego de morir, o cuando dispuso pero no conforme a derecho, es la Ley la que designa a quien le entregara los bienes del causante, para lo cual de conformidad al Art. 981 C., nos establece tres motivos bajo los cuales, se configurara la sucesión intestada, siendo estos: 1º) Cuando el difunto no dispuso de sus bienes; 2º) Cuando dispuso, pero no lo hizo conforme a derecho y 3º) Cuando no surten efectos sus disposiciones. De forma más precisa, la podemos definir así: Es la Transmisión mortis causa que se produce en virtud del llamamiento hecho por la ley al margen de las disposiciones testamentarias.⁵⁴

El fundamento de ésta, es la transmisión de los derechos activos y pasivos de una persona ya fallecida a una que le sobreviva, y es así independientemente de la voluntad del ya fallecido, y este cambio en la titularidad del patrimonio se concretiza en virtud de la valoración que hace la Ley, ya que esta supone como seria la voluntad del causante, basándose en la consanguinidad que se asocia a la ley psicológica de la afección, esto quiere decir, que la Ley llamara a suceder a aquellas personas mas cercanas al causante, y el artículo 988 del Código Civil, nos confirma esto, ya que este establece una serie de

⁵⁴ Córdova-Levy-Solari-Wagmaister, Derecho Sucesorio, tomo II, Editorial Universitario, 2ª Edición, Buenos Aires, Argentina, 1995, Pág. 223.

“grados” o “niveles” de preferencia, en total regula 7 grupos, y es de mencionar que las personas que se hallan en un mismo grado gozan de los mismos derechos, para el caso, el grado primero lo comprenden: los hijos, padre, la madre y el cónyuge y en su caso su conviviente sobreviviente. Y el supuesto para que el segundo grado entre a suceder es que hagan falta estos, con solo uno que exista ya no opera tal ficción; aquí surge el famoso axioma “a falta de los primeros entran los segundos...”.

Esta a su vez, se clasifica en ordinaria y anómala, siendo la primera aquella en que los bienes del causante, se transmiten a los llamados a suceder, es decir a quienes poseen vocación sucesoria legítima. La segunda, es aquella donde la Ley atiende al origen de los bienes, es decir se configura como la ordinaria pero con ciertas discrepancias, tal podría ser que ciertos bienes que son parte del caudal relicto del causante sea reservado para un pariente, y de esta manera excluyendo a los demás o el caso que algún bien del causante se restituya a su dueño original, etc.

1.8.2. La Sucesión Testamentaria.-

Este apartado se desarrollara de forma ligera, en vista que el capítulo segundo de nuestra investigación se refiere a ella.

Esta es la que se defiere en virtud de un testamento, lo principal de esta clase, es que los bienes pasan del difunto al sucesor de la forma exacta, tal como este dispuso, y todo esto en virtud del Testamento, a su vez este debe de cumplir ciertos requisitos de fondo y forma.

1.8.3 La Sucesión Mixta.-

Esta tiene su fundamento legal en lo dispuesto en el Art. 953 Inc. 2º Código Civil, nos da la pauta para esta clase de sucesión.

En simples palabras, esta no es más que aquella sucesión, en la que los bienes se deferirán de forma intestada y testada, ya sea que el testador dejó su testamento, y este no cumplió con las formalidad que la ley exige, o que la asignación testamentaria no se cumplió, etc.

En ese orden de ideas, pueda que el testamento contenga 10 asignaciones, y tres de ellas sean de carácter condicional y al no cumplirse la condición para hacerla efectiva, los bienes que ahí se estipulaban pasarían a formar parte de una sucesión intestada.

1.8.4. La Sucesión Contractual.-

Esta no la retoma nuestra legislación, estas consisten en convenciones que se celebran sobre una herencia futura, reciben el nombre de pactos sucesorios y estos pueden ser: a) Institutivos, b) Renunciativos y c) Dispositivos. La primera de estas configura lo que se conoce como contrato de herencia futura, contrato sucesorio y pacto institutivo. Que es aquel por el cual una persona cuya futura sucesión se trata conviene con otra en designarla heredera o legataria, y esta acepta tal institución hereditaria o legado, es decir, aquí se necesita un consentimiento de ambas partes, se da una relación bilateral entre ambas, ya que se necesita que acepte la otra parte para que concrete aunque se parece al testamento en su carácter voluntario.

CAPITULO II

II. LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA

2.1 Generalidades

Con respecto a su procedencia, la mayoría de autores sostienen que la sucesión intestada ha procedido a la testamentaria, ya que existe desde el apareamiento de la propiedad privada; y que el testamento aparece cuando el grupo social ha adquirido un grado mayor de cultura.

La sucesión intestada tiene sus orígenes en la transmisión de la propiedad familiar, sin embargo para otros es la sucesión testamentaria la que principio a la sucesión intestada, y citan como ejemplo el Derecho Romano, en donde la herencia no tenía como prioridad la transmisión de los bienes.

Según como se ha escrito la historia el testamento tiene su origen etimológico en el Derecho Romano, proviene del latín “*Testamentum*”, para algunos autores como Aulo Gelio y Servio Sulpicio, a los que siguieron Justiniano con “Las Instituciones” y Alfonso el Sabio en “Las Partidas”, consideraban que la palabra testamento es una palabra compuesta, procede de “*testatio*” y “*mentís*” que significa testimonio de la voluntad o testamento de la mente; para muchos otros proviene de la palabra “*testibusmentis*”.

La mención de los testigos, que hace alusión al hecho de que el testamento es una declaración hecha ante testigos, por la necesidad que hubo desde un principio de testar ante esa clase de personas, que daban fe de los hechos ocurridos ante su presencia y daban su opinión del hecho presenciado, pues antiguamente los testigos no eran solo un medio probatorio (como ocurre en la actualidad), sino que aprobaban la mención o

declaración hecha por el testador; según otros deviene de la palabra “*testari*”, la cual no es una palabra compuesta.⁵⁵

2.1.1 Concepto

Al introducirnos a la definición de testamento, nuestro legislador aceptó que al nuestro le es aplicable la clasificación doctrinaria de testamentos en sentido Formal y testamentos en sentido material. **Testamento en Sentido Formal**, comprende las declaraciones de voluntad que no tienen contenido patrimonial, es decir que no inciden en la repartición de los bienes; por ejemplo: que en el testamento, una persona mencione cuantas veces se caso, los hijos que tuvo con su esposa, el reconocimiento de un hijo o revocar otro testamento. **Testamento en Sentido Material:** Son las disposiciones de última voluntad que constituyen la distribución de los bienes. La existencia de un testamento que solo contenga declaraciones de ultima voluntad da lugar a la sucesión abintestato, porque no obstante que existe testamento, este no contiene disposición sobre los bienes, los que tendrán que distribuirse conforme a la reglas de la sucesión intestada.

El artículo 996 del Código Civil, regula en su inciso primero **el concepto** de testamento, **definiéndolo como:** *La declaración que, con las formalidades que la Ley establece hace una persona de su ultima voluntad, especialmente en lo que toca a la transmisión de sus bienes, para que tengan pleno efecto después de sus días.* En el inciso dos regula la testamentifacción activa cuando dice: el testador puede disponer libremente de sus bienes a favor de una o varias personas que tengan la capacidad legal para heredar, sin perjuicio a las reducciones a que se haya sujeto su patrimonio con arreglo a la Ley.

⁵⁵ Romero Carrillo, Roberto, Op. Cit. Pág. 137.

Podemos decir entonces, que estamos en presencia del testamento otorgado con las formalidades de Ley, y que los herederos tienen la capacidad y dignidad para aceptar herencia; así como lo menciona el inciso dos del mismo artículo.

✘ Dentro del Testamento sobresalen dos aspectos muy importantes: La declaración de voluntad y la disposición de bienes. **El primero**, es el acto por el cual el sujeto exterioriza lo que quiere. Es el autor del testamento debe disponer de lo suyo en forma expresa, manifestando explícitamente lo que desea transmitir, es por ello que la facultad de testar, tiene carácter personal y es indelegable tal como esta establecido en los artículos 1000 y 1001 del Código Civil. La regla ha de entenderse en forma absoluta, es decir no caben excepciones. **El segundo aspecto**, establece que la transmisión de sus bienes es lo que constituye la esencia del testamento, de este modo el testamento deberá ser un acto dispositivo de carácter patrimonial. Además solo debería contener disposición de bienes propios, no obstante, la Ley permite que contenga disposiciones no patrimoniales y declaraciones no dispositivas, como por ejemplo, el reconocimiento de un hijo.

2.2 Características del Testamento

El testamento contiene algunas características que son comunes a otros actos jurídicos, y características que le son propias. En primer lugar, de la definición legal relacionada anteriormente, aparece que su primera característica es la de ser un **Acto Solemne**: porque debe realizarse por escrito y en el caso del testamento abierto o cerrado, debe hacerse por escritura pública, así esta regulado en el artículo 1006 del Código Civil, además debe ser autorizado por notario o funcionario competente.

En cuanto a la segunda característica podemos decir que es un **Acto Unilateral:** para que quede perfecto basta la concurrencia de una sola persona, la voluntad del testador, independientemente que los beneficiarios reciban o no. En conclusión se perfecciona con la sola voluntad del testador, así lo establece el artículo 1000 del Código Civil. Es un acto individual, de una sola persona, ya que no se pueden otorgar disposiciones por dos o más personas en un mismo testamento, ya que el artículo 1000 del Código Civil lo prohíbe, así lo establece.

La tercera característica se refiere a que es **Personalísimo:** es decir que no admite representación, debe ser otorgado personalmente por el testador. Este no puede facultar a otra persona, ni siquiera para completar en parte esa voluntad, según lo establece el artículo 1001 del Código Civil.

La cuarta característica, hace referencia a que es **Revocable:** el texto del artículo 998 inciso primero del Código Civil, solo con la muerte del testador adquiere carácter irrevocable. Por eso se llama acto de última voluntad, sin embargo el inciso tercero del mismo artículo, regula una excepción a esta característica y es que, si en un testamento hay reconocimiento de hijo, y el testamento es revocado el reconocimiento se mantiene.

2.3 Clasificación del Testamento

Esta clasificación emana, precisamente de las solemnidades de las cuales se encuentra revestido. Y es así como el testamento, que es siempre solemne, puede ser solemne, menos solemne o privilegiado.

Nuestro Código Civil clasifica los testamentos según el artículo 1005 en solemnes, menos solemnes o privilegiados.

🏰 **El testamento solemne:** es aquel en el cual se observan todas las solemnidades que la Ley ordinariamente requiere, y puede ser otorgado en El salvador o en país extranjero. Los testamentos solemnes son:

➤ **El abierto, llamado también nuncupativo o público,** se llama así porque el testador nombra a su heredero ante las personas que según la Ley deben presenciarlo.

➤ **El cerrado, llamado también secreto o místico,** es aquel en que no es necesario que los testigos tengan conocimiento de las disposiciones testamentarias, pues el testador escribió sus disposiciones sin darlas a conocer oralmente.

🏰 **El testamento menos solemnes o privilegiados:** es aquel en que pueden omitirse algunas de las solemnidades establecidas por la Ley, por consideración a circunstancias especiales, determinadas expresamente por el legislador. Son especies de testamentos menos solemnes o privilegiados:

➤ **El testamento verbal,** es aquel que otorga una persona en caso de peligro inminente para su vida, ante tres testigos y haciendo de viva voz sus declaraciones y disposiciones testamentarias.⁵⁶

➤ **El testamento militar,** es aquel que se otorga en tiempo de guerra por los militares y demás individuos empleados en un cuerpo de tropa de la Republica y voluntarios, rehenes y prisioneros que pertenecen a dicho cuerpo. Se encuentra regulado en los artículos 1027 y siguientes del Código Civil, y el fundamento de este testamento estriba en el hecho de que en condiciones de guerra se hace imposible observar todas las solemnidades exigidas por la Ley.

⁵⁶ Somarriva Undurraga, Manuel, Op. Cit. Pág. 192

➤ **El testamento marítimo**, es aquel que se otorga en alta mar en un buque de guerra o mercante salvadoreño que navega en alta mar. Se encuentra regulado en los artículos 1033 y siguientes del Código Civil, y tiene los mismos fundamentos que el testamento militar, pero puede tener una mayor aplicación práctica, pues la Ley permite otorgarlo en época de paz.

Los únicos testamentos menos solemnes o privilegiados, que nuestro Derecho Positivo admite son el militar y el marítimo, actualmente estos testamentos solo pueden otorgarse en forma escrita.

2.4 Elementos o Requisitos del Testamento

En los testamentos se distinguen dos clases de elementos, llamados también requisitos, los cuales son: a) Requisitos o Elementos Intrínsecos o Internos, y b) Requisitos o Elementos Extrínsecos, Externos o Solemnidades.

Dentro de **los requisitos internos**, se comprenden: a) la capacidad del testador, b) la ausencia de vicios en la manifestación de la voluntad del testador o voluntad exenta de vicios, y c) el conjunto de disposiciones que contiene el testamento.

➤ La Capacidad para Testar

Por regla general todas las personas son capaces para testar, pero la Ley ha establecido ciertas excepciones; la regla general es la capacidad y la excepción es la incapacidad, por lo que son hábiles para testar todos aquellos que la Ley no ha declarado incapaces.

Así el artículo 1002 del Código Civil, establece diversas causales de incapacidad para testar, y dice que son inhábiles para testar: 1° El impúber; 2° El que se hallare bajo

interdicción por causa de demencia; 3° El que actualmente no se hallare en su sano juicio por ebriedad u otra causa; 4° Todo el que de palabra o por escrito no pudiese darse a entender. Las personas no comprendidas en esta numeración son capaces para testar.

◆ El impúber, es absolutamente incapaz, a quien el legislador a presupuesto enteramente carente de voluntad, pues la voluntad tiene una importancia trascendental. Esta no coincide con la capacidad de ejercicio, pues una persona puede ser capaz para testar cuando llega a la edad, “en la mujer a los 12 y el hombre a los 14 años”⁵⁷; en que según la Ley dejan de ser impúber y se vuelven menores adultos, núbiles, es decir se vuelven personas capaces para testar según la Ley.

◆ No tienen capacidad, los que testaren bajo interdicción por causa de demencia, aunque lo hicieren en un intervalo de lucidez, porque los actos o contratos celebrados posteriores al decreto de interdicción son nulos, de lo contrario sino existe la declaratoria de interdicción serán validos, a menos que se probare que cuando realizo el testamento estaba demente.

◆ Los que al momento de testar se encontraban en estado de ebriedad u otra causa, “en donde entran todos los casos de insania cuando no hay interdicción”⁵⁸, como son el delirio febril, el sonambulismo, la sugestión hipnótica, los provocados por sustancia alucinógenas.

◆ Los que no pudieren darse a entender de palabra o por escrito, aquí se comprende al sordomudo que no pudiese darse a entender por escrito puesto que, aun cuando lo

⁵⁷ Romero Carrillo, Roberto, Op. Cit. Pág. 143.

⁵⁸ Ibidem Pág. 144.

podiere hacer con señas, representa un peligro, que un tercero tenga que traducirlos. Si por lo tanto puede escribir, y darse a entender de esa manera no es incapaz y puede testar perfectamente.

➤ **La Ausencia de Vicios en la Manifestación de la Voluntad del Testador o Voluntad Exenta de Vicios**

En las disposiciones testamentarias que hayan intervenido error, fuerza o dolo, son nulas en todas sus partes, y si el vicio afecta la celebración del acto será nulo el testamento.

◆ El error, con respecto a él, se menciona en el artículo 1040 del C.C., que cuando este recaer sobre el nombre o calidad del asignatario no vicia la disposición, sino hubiere duda acerca de la persona, es decir “si el testador le llamo José cuando en realidad se llama Juan, o al referirse al estado familiar, el testador dijo que es soltero cuando en realidad es casado, ello no vicia la disposición, cuando con otros datos en el testamento no haya duda de su identidad”.⁵⁹ “También existe error, cuando la asignación pareciera ser motivada por un error de hecho, de manera que la asignación no hubiera tenido lugar, la cual se tendrá por no escrita”⁶⁰, cuando el testador manifiesta que es lo que la indujo a realizarla, por ejemplo se hace una asignación a José expresando que se la hace porque le salvo la vida, pero resulta que no fue José quien se la salvo, la Ley prescribe en este caso que se tendrá por no escrita, en vez de disponer que se le entregue a aquel al que el testador se quiso referir.

⁵⁹ Ibidem Pág. 146.

⁶⁰ Ibidem Pág. 146.

◆ La fuerza, en cuanto afecta la voluntad del testador, se regula en los artículos 1327 y 1328 del Código Civil, para que esta vicie la voluntad del testador tiene que ser suficiente para producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición; la fuerza de este genero se considera como todo acto que infunde a una persona un temor de verse expuesta a ella, que pueden ser fuerza física, amenazas de males futuros a él o su familia (fuerza moral o coacción), y no es necesario que la haya ejercido el propio asignatario que resultara beneficiado con ella, basta que lo haga cualquier persona con el objeto de obligar al causante a testar de una forma determinada.

◆ El dolo en civil, consiste en inducir a una persona, a que se equivoque, es pues un error provocado o inducido. El dolo puede ser obra de cualquier persona, pero siempre que sea determinante, cuando aparece claramente que sin el no se habría testado en la forma que se hizo.

El que por error, fuerza o dolo obtuvo alguna disposición testamentaria del difunto, le impidió testar o cambio su testamento, se vuelve indigno de sucederlo.

La nulidad producida por los vicios del consentimiento es nulidad relativa, así lo establece el artículo 1552 del Código Civil, “pero hay autores, los cuales sostienen que la nulidad que producen es absoluta, no se puede hablar de relativa, pues se trata de testamentos”⁶¹.

⁶¹ Ibidem Pág. 148.

➤ **El Conjunto de Disposiciones que Contiene el Testamento**

Los requisitos de las disposiciones testamentarias, se diferencian fundamentalmente de los otros requisitos, en que su infracción no produce sino la nulidad de la respectiva cláusula testamentaria, pudiendo tener validez o vigor las demás disposiciones, que no se vean afectadas por algún vicio legal, como por ejemplo, si el testador infringe lo establecido en el artículo 1044 del C.C., y hace una disposición a favor del Notario autorizante, esta disposición es nula, pero el resto del testamento si ha cumplido con los requisitos exigidos será válido.

Los elementos extrínsecos: son las formalidades que la Ley exige, para cada una de las clases de testamento que admite y regula, dentro de las cuales debe manifestarse la última voluntad del testador, que se desarrollan a continuación.

2.5 Formalidades de los Testamentos en la Legislación Salvadoreña

2.5.1 Ante quien se pueden celebrar los testamentos

El Testamento solemne abierto, nuncupativo o público, debe otorgarse ante Notario, o en su defecto, ante un Juez de Primera Instancia con competencia en lo Civil, y si el otorgante se encuentra en el extranjero y su testamento solo debe surtir efectos en El Salvador, puede hacerlo ante un Notario Salvadoreño, según como lo establece el artículo 3 de la Ley del Notariado, ante un Jefe de Misión Diplomática permanente o Cónsul de Carrera; pues estos también ejercen la Función Notarial en los países en que estén acreditados, de conformidad con el artículo 5 de la Ley del Notariado, en los casos y en la forma que establece en artículo 40 ordinal 1° de la mencionada Ley.

En un testamento además de reunir los requisitos que exige el artículo 32 ordinal 4º de la Ley del Notariado (el nombre, apellido, profesión, oficio, domicilio del testador, nacionalidad, si es extranjero, si habla castellano), debe hacerse constar, las circunstancias en las cuales se encuentra el testador, si esta en su sano juicio, el lugar de su nacimiento, el domicilio, los nombres de las personas con las que hubiere contraído nupcias, los nombres de los hijos con distinción de los que estén vivos y muertos.

“Lo que constituye esencialmente al Testamento abierto, es el acto en que el testador hace sabedores de sus disposiciones al Notario y a los testigos, y luego de esta formalidad se procede a la redacción de la escritura, según el artículo 1010 del Código Civil; pero puede darse el caso que dicho testamento pudo haberse escrito previamente, es decir, que la escritura ya había sido redactada, según las instrucciones dadas por el testador de forma verbal o escrita, antes de hacerlo saber al Notario y a los testigos, puede cumplirse esta formalidad en uno o mas actos, no es necesario que el acto sea continuo, luego el testamento debe ser leído todo en voz alta por el Notario, deben escucharse todas las disposiciones y hacerse constar en la escritura, de lo contrario el Testamento es nulo”.⁶²

El testamento solemne cerrado puede otorgarse ante Notario, o en su defecto ante el Juez de Primera Instancia, nunca de Paz, ni siquiera cuando tenían Función Notarial porque entonces solo podían autorizar testamentos abiertos, o en su caso ante el Funcionario Diplomático o Consular Salvadoreño.

⁶² Ibidem Pág. 157.

Los Testamentos Menos Solemnes o Privilegiados, pueden ser otorgados tanto en forma verbal como escrita. El Testamento Militar, se utiliza únicamente en estado guerra, pero es preciso hallarse en una expedición que este actualmente en campaña contra el enemigo, y solo puede ser realizado por los miembros del cuerpo de tropas de la Republica, voluntarios y rehenes, que pertenecieren a dicho cuerpo, o los acompañan. Puede ser otorgado ante el Capitán o ante un oficial de mayor rango o por un intendente del ejercito, y si el testador se encontrare enfermo o herido, puede otorgarlo ante el capellán, medico o cirujano que lo asiste, y si se hallare en un destacamento, ante el oficial que lo mande, aunque este sea de menor rango al de Capitán.

El Testamento Marítimo, es el que se otorga a bordo de un buque de guerra o barco mercante salvadoreño, los cuales deben estar en alta mar. Si el buque es de guerra el testamento se otorga ante el Comandante o su segundo al mando, si es mercante se otorga ante el Capitán, su segundo o piloto, que es un oficial en esta clase de naves; y esta forma de testar puede ser utilizado no solo por los miembros de la tripulación del barco, sino también cualquier otra persona que se encuentre a bordo.

2.5.2 En que Casos Intervienen los Testigos

Todos los testamentos exigen como requisito formal (del que depende su validez), la intervención de testigos, cuyo número dependerá de la clase de testamento. “La intervención de los testigos naturalmente es asimismo un requisito sustancial o esencial del testamento, que se impone para evitar posibles precipitaciones y en aras a dar seriedad y seguridad al mismo, así como de proporcionar una prueba más de la intervención o voluntad del testador y de que el contenido del testamento es el que se

quiere, aunque sea a solicitud del testador o Notario, ya que este origen voluntario no impide aquel carácter”.⁶³

Se ha discutido el carácter Público o Privado con que los testigos intervienen en el testamento, la precisión o no del requisito de la rogación de los mismos, para que dicha intervención y el concepto de simple formalidad, aunque esencial, de autorizantes o meros testigos instrumentales de la repetida intervención testimonial. “Cabe afirmar que la intervención de los testigos en el testamento tiene carácter privado, sin que sea necesario el requisito de la rogación, aunque siempre hay que presuponerlo, pues no es posible pensar que los testigos intervienen por sorpresa, y que los testigos testamentarios actúan en calidad de testigos instrumentales, incluso en los supuestos de testamentos solo ante testigos”.⁶⁴ El carácter privado se sustenta en que actúan a instancias o rogación, en general, de una persona privada, el testador, y que en su calidad de simples particulares y no en cumplimiento de una función pública o en representación de la totalidad del pueblo, sin que puedan ser compelidos a dicha intervención; los testigos testamentarios, en los casos en que deban intervenir en el otorgamiento de un testamento, han de ser idóneos, la incapacidad de alguno de ellos es causa de nulidad del testamento.

La estampación de la firma por los testigos, exigida en el testamento abierto y en el cerrado, es revelador de que al firmar intervinieron conscientemente en el testamento correspondiente.

⁶³ Roca Sastre, Luis Roca, Op. Cit. Pág. 115.

⁶⁴ Ibidem. Pág. 115.

En cambio el requisito de la rogación de testigos en los testamentos en peligro inminente de muerte y en caso de epidemia, saldría sobrando, si concurre la circunstancia de que el testamento no se escriba, por no ser posible, en cuyo caso vale el mismo, aunque los testigos no supieran escribir, y tampoco en los testamentos en peligro de acción de guerra o de naufragio.⁶⁵

Dependiendo de la clase de testamento así será el número de testigos que la Ley requerirá, los cuales pueden ser de cualquier sexo y deben de reunir las condiciones exigidas, tales como: ser mayor de 18 años, conocidos del Notario, domiciliados en el país, excepto cuando el instrumento se otorgue ante Funcionario Diplomático o Consular, que sepan leer y escribir, hablar el idioma castellano y tener profesión u oficio, y como una condición especial deben de conocer al testador, así lo regula el artículo 34 y 40 ordinal 4º de la Ley del Notariado.

La práctica conservada del Código Civil acerca del momento de la presencia de los testigos ha sido, que las instrucciones sean dadas al Notario en una o varias oportunidades, con anterioridad al acto testamentario propiamente dicho, consistente en su lectura y firma. El testamento se proyecta y se escribe en el protocolo y luego se exige la presencia simultánea del testador, el notario y los testigos, para proceder al acto final, que es el real e importante acto de testar, donde el disponente ratifica la coincidencia de su voluntad con el contenido de la escritura que se perfecciona con su firma.

⁶⁵ Ibidem. Pág. 116.

Si el testador es enteramente sordo, debe leer por si mismo su testamento y si no sabe, puede designar a una persona para que lo lea en su nombre, siempre en presencia de los testigos y del notario.

Para los testamentos abiertos, según el artículo 40 ordinal 3° de la Ley del Notariado, deben concurrir 3 testigos, ya se otorgue ante notario, ante Juez de Primera Instancia con Jurisdicción en lo Civil, o en su caso ante funcionario Diplomático o Consular; los cuales deben ser conocidos del testador.

En los testamentos cerrados, deben intervenir siempre 5 testigos, de los cuales por lo menos 3 deben conocer al testador, según el artículo 40 ordinal 3° y 4° de la Ley del notariado. Solo pueden usar esta forma las personas que sepan leer y escribir, aun cuando sea en un idioma distinto al castellano, por la razón de que tendrían que recurrir a un tercero para que se los escribiera y luego no podrían leer lo escrito, quedando expuestos a la falta de correspondencia entre lo dictado y lo escrito, ya que la redacción de este testamento es un acto privado.

Para los testamentos privilegiados puedan otorgarse de la forma abierta o cerrada. Para los Testamentos Militares abiertos, se requieren 2 testigos, y para el Testamento Marítimo abierto se requieren 3 testigos. Para el caso cuando son cerrados, El testamento Militar o Marítimo, se requieren la presencia de 4 testigos, pueden concurrir más. Tienen la misma característica de los Testamentos Solemnes, los que pueden caducar. Con respecto al testamento militar, si después de 90 días siguientes a la elaboración del mismo, hubieren cesado las circunstancias que rodeaban al testador, o sobreviviere a ese plazo, caducara el testamento, según como lo regula el artículo 1030 del Código Civil; y

en cuanto al testamento marítimo este no valdrá, sino cuando el testador hubiese fallecido antes de desembarcar o antes de expirar los 90 días siguientes al desembarque, de conformidad al artículo 1037 del Código Civil; y pueden ser revocados por otro testamento.

2.5.3 Formalidades de los Testamentos Cerrados

Para las formalidades que se observan al momento de la apertura de los Testamentos Cerrados, haremos relación a la Ley del Notariado, ya que es esta Ley la que la rige por ser un acto solemne. Del texto del artículo 1017 del Código Civil, vamos a entender por testamento cerrado, aquel que el testador presenta al Notario o Funcionario y ante cinco testigos, dos ejemplares de su testamento, en cubiertas cerradas y separadas, expresando de viva voz que en su interior se encuentran los mismos, debidamente firmados por el, (esto es lo que constituye en esencia a los testamentos cerrados), lo que el Notario hará constar en un acta la cual levantara sobre la cubierta de dicho testamento. “Solo pueden usar esta forma las personas que sepan leer y escribir”.⁶⁶

Podemos decir que el testamento cerrado tiene dos fases:

✓ **La primera es la fase privada:** Esta fase es exclusiva del testador, por lo que no esta sujeto a formalidades. En esta fase secreta el testador manifiesta su voluntad en cuanto a quienes serán los beneficiados con ese testamento, únicamente el testador es el que interviene, no necesita de testigos; puede haber solicitado asesoramiento a alguna persona con conocimientos técnicos sobre como redactar las disposiciones, pero esta

⁶⁶ Romero Carrillo, Roberto Op. Cit. Pág. 160.

persona se limita únicamente a ese asesoramiento, no interviene en la elaboración del mismo.

✓ **La segunda es la fase pública:** Es la legalización del testamento, y para ello es preciso observar las formalidades establecidas en el Código Civil y la Ley del Notariado. En primer lugar, el Código Civil establece en el artículo 1017, que el sobre escrito o cubierta del testamento estará cerrado, de manera que el testamento no pueda extraerse sin romper la cubierta, y quedara al arbitrio del testador estampar un sello, una marca o cualquier otro medio de seguridad en la cubierta, por lo general lo que se usa es lacra en la cerradura de los sobres, en la que se estampa la figura de un anillo.

Ambos ejemplares llevaran una carátula, la cual pudo haber sido escrita por el testador o por un tercero, a mano o a máquina, pero deben de estar debidamente firmada por el testador, se levantara un Acta Notarial, firmada por el testador y los cinco testigos, el Notario legalizara cada una de las cubiertas presentadas, lo cual consiste en asentar sobre cada una de las ellas un acta que se encabeza con el epígrafe “TESTAMENTO”, y comienza con la expresión del lugar, hora, día, fecha, mes y año del otorgamiento, luego le siguen los demás datos de la identificación del Notario o Funcionario y de los testigos, la de estos últimos se puede hacer al pie del acta, que comprenden nombres, señas generales, como se leen sus firmas, se identifica al testador por sus generales, y se hace constar que este presento al Notario y los testigos las dos cubiertas que contenían cada una un ejemplar de su testamento y que están debidamente firmadas, indicando también si el testador plasmo algún sello o marca, para la seguridad de las cubiertas.

En seguida se cierra el acta expresándole al testador sus efectos, que se encuentra en su sano juicio y que se le leyó en alta voz, en presencia del testador y los testigos, terminando con las firmas del testador, (si puede hacerlo, sino se realiza lo establecido en el artículo 32 n° 12 de la Ley de Notariado, si la persona no sabe firmar se estampara su huella digital del pulgar de la mano derecha o de cualquier otro dedo, y si no fuere posible se hará constar y firmara a su ruego otra persona mayor de 18 años o lo podrá hacer uno de los testigos), de los testigos y del Notario o Funcionario, quien deberá estampar su sello.

El Notario extenderá un acta en su protocolo firmándola con el testador y los testigos, en la que dará fe del acto, transcribiendo íntegramente el texto de la legalización, según lo establece el artículo 41 inciso 2 de la Ley del Notariado.

2.5.4 Formalidades para la Apertura de los Testamentos Cerrados

El Testamento Cerrado debe abrirse y publicarse en el último domicilio del causante y en el tiempo fijado por este si así lo hubiese dispuesto.

Antes de proceder a darle cumplimiento a sus disposiciones, el testamento cerrado debe ser presentado ante un Juez de Primera Instancia competente, para efectos de su apertura, lo que se verifica después de que el Notario y los testigos hayan reconocido sus firmas y la del testador, debiendo declarar si se encuentra sellado o marcado. En el caso de que el Notario o Funcionario autorizante no comparezca, se abonan sus firmas y la del testador por declaraciones juradas de otras personas fidedignas, en el caso de que los testigos no se encuentren presentes por estar ausentes o

haber fallecido, bastara con que el notario y los testigos instrumentales presentes, reconozcan sus firmas y la del testador y abone la de los ausentes o muertos.

Puede solicitar la apertura del testamento cualquier persona, pero debe de presentarse ante el Juez de Primera Instancia competente, con los documentos que acrediten la muerte del testador, pidiendo la apertura y protocolización del mismo, presentando el testamento si lo tuviere o indicando la persona en cuyo poder se encuentra

El Juez al tener los documentos que comprueban la muerte del testador y su testamento, solo tiene la obligación de mandar a reunir al Notario o Funcionario que autorizo el testamento y a los testigos, a la hora y día que señale, “y puede mandar a traer a la persona que tiene el testamento si esta hace caso omiso del llamado, si en caso es un asignatario lo hará indigno por esta detención”⁶⁷. Llegada la audiencia señalada y reunidos todos los intervinientes, el Juez debe mostrarles sus firmas y la del testador, las cubiertas legalizadas y su cerraduras, recibirles la declaración jurada, si el Juez actuante es el mismo que legalizo las carátulas, debe dar su declaración por certificación jurada, todo conforme al artículo 871 del Código de Procedimientos Civiles.

Una vez comprobado que el testamento fue otorgado con las formalidades de Ley, y no hay sospechas de rupturas en el sobre, se manda a abrir, leer y publicar (“leer en voz alta para los presentes que han concurrido a la apertura, no de mandarlo a publicar en un diario, ni menos en el Diario Oficial, así lo establece en el artículo 874 del Código Civil”⁶⁸), en la audiencia que se señale, previa cita a los testigos y el Notario, y se abre a

⁶⁷ Ibidem Pág. 171.

⁶⁸ Ibidem Pág. 173.

presencia de los interesados. La Ley establece que el testamento sea leído por el Juez, para si mismo y lo publique mediante resolución, que se tenga por testamento legítimo, y se reduzca a escritura publica y se protocolice en el registro del Juzgado, dando a las partes interesadas un testimonio. Esto es necesario porque aun cuando el acta de legalización tiene valor de instrumento público, el testamento que esta dentro de la cubierta, es un instrumento privado.

Para la apertura del testamento de un extranjero, que no este escrito en castellano, lo cual se deducirá del hecho, de que la cubierta aparezca en parte escrita en idioma extranjero, el Juez debe Nombrar en el auto que manda a abrirlo, dos traductores, para que después de juramentados, lo viertan al idioma castellano en el mismo Juzgado, a presencia del Secretario y de los testigos instrumentales y se procede de igual forma que en el testamento cerrado, de acuerdo al articulo 874 del Código de Procedimientos Civiles.

De acuerdo con la Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y otras Diligencias, en su artículo 17 menciona, que las diligencias de apertura de testamentos cerrados se pueden practicar también ante Notario, pero en ningún caso podrán ser practicadas por el mismo que autorizo las cubiertas del testamento, porque estaría cumpliendo una doble función; según el artículo 4 inciso 2 de la misma Ley; en el caso de quien tenga el testamento se rehúsa a presentarlo y tenga que hacer uso de la fuerza, deberá recurrir a cualquier Juez de Primera Instancia con competencia en materia Civil, para que si fuere procedente, apremie al requerido.

En la apertura de los Testamentos Cerrados Privilegiados, se procederá conforme a lo dispuesto para los testamentos cerrados otorgados en país extranjero, según lo asienta el artículo 882 del Código de Procedimientos Civiles.

2.5.5 Donde se Registran los Testamentos

Con respecto a donde se registran los testamentos, el artículo 47 de la Ley del Notariado estipula que en la Sección del Notariado es la encargada de recibir los testimonios de los testamento, ya sean abiertos o cerrados; luego remitirlos a la Corte Suprema de Justicia, dentro del tercero día, así mismo, revisarlos anotando cada una de las anormalidades en la nota de remisión. Una vez en la Corte Suprema de Justicia, son archivados en un archivo especial, destinado para tal efecto. El recibo de cada uno de los testamentos se anota en un libro índice por orden alfabético, según el nombre del testador. Este recibo tiene como objetivo, facilitar la consulta que cualquier interesado pueda hacer acerca de la existencia del testamento, la fecha de su otorgamiento y el nombre del notario que lo autorizó. Vale la pena mencionar, que todo notario tiene la obligación de presentar el testimonio del testamento, ya sea abierto o cerrado, dentro de los cinco días siguientes a la fecha de su otorgamiento, so pena de multa.

2.6 Las Limitantes a la Libertad de Testar

La Libre Testamentifacción: Es la posibilidad que el Derecho concede al individuo de poder tomar disposiciones jurídicamente eficaces sobre su patrimonio para el tiempo posterior a su muerte; y se basa en la autonomía privada del Derecho, sobre el hecho de que el ordenamiento jurídico reconoce al individuo como persona, considerado

capaz para dirigir su vida según su propio arbitrio. Se encuentra íntimamente relacionado con el reconocimiento de la propiedad privada.

“La problemática de la libertad de testar, consiste en que el causante puede dictar libremente disposiciones para después de su muerte, mientras que según nuestro criterio, el caudal relicto debe pasar normalmente a sus familiares más próximos. En una palabra, la autonomía privada puede entrar en conflicto con la vinculación a la familia. Lo mismo puede ocurrir en cualquier negocio jurídico *inter vivos*, especialmente en las donaciones; pero el peligro es mayor en la libertad de testar, pues el causante, al adoptar una disposición de última voluntad, no se priva así mismo de nada, al revés de lo que hace en una donación”.⁶⁹

Como en toda libertad, también en la de testar se plantea el problema de sus limitaciones. La seguridad más importante dada a los intereses de la familia, consiste en atribuir a los deudos más próximos una cuota ineludible del caudal relicto o en su valor. “Tal es la función del llamado Derecho Sucesorio forzoso o legítima, institución creada por los Juristas romanos, que de un modo tan tajante habían implantado a la libertad de testar”.⁷⁰

En virtud de la libertad de testar que se concede, se tiene Derecho a disponer del caudal relicto, sin estar obligado a atribuir nada a los parientes más próximos, a pesar de que la opinión natural les concede una cierta “pretensión” de dicho caudal. “Esta posibilidad ha sido vista en todos los tiempos como injusta; ya en las primeras etapas de la

⁶⁹ Enneccerus-Kipp-Wolff, Tratado de Derecho Civil, Tomo V, Volumen 1º, Derecho de Sucesiones, Casa Editorial Bosch, 2ª Edición, Barcelona España, 1976, Pág. 181.

⁷⁰ Ibidem Pág. 182.

evolución del Derecho, se tomaron medidas contra los abusos de la libertad de testar que podían producirse al respecto, buscándose una cierta transacción entre el Derecho de disposición del causante y los parientes más próximos. De ahí surge la institución de **La Legítima**: Su finalidad consiste en asegurar en cualquier caso a los parientes más cercanos una determinada partición en el caudal relicto, incluso cuando el causante no los ha designado en su testamento”.⁷¹

Con respecto a las modalidades del ejercicio de esta libertad, hay que distinguir en cuanto a la extensión y forma de su ejercicio. En cuanto a su extensión es en principio plena, pero se ve limitado por la eventual presencia de herederos forzosos, o bienes de distinto vínculo. En cuanto a las formas de ejercicio, el principio es el contrario, hay limitación legal de las mismas, el ordenamiento al ocuparse de la situación por la repercusión de la extinción del sujeto en sus titularidades jurídicas, da preferencia a la regulación señalada por este.

En cuanto a la regulación referente a conductas, podemos encontrar limitaciones legales que impongan la ineficacia de cláusulas prohibidas, inmorales o imposibles. La nulidad se extiende también a cláusulas tipificadas que establecen conductas cuya observancia atacaría principios fundamentales de ordenamiento, todas aquellas en las que el testador atenta contra la libertad de testar propia, ajena, contra la libertad personal del instituido, en contra del sistema de nulidades establecido por la Ley o dentro del estricto campo de las cláusulas atentatorias a las buenas costumbres. “La regla general del

⁷¹ De la Cámara Álvarez, Manuel, Compendio de Derecho Sucesorio, Editorial la Ley/ Diles/ Edisofer, Madrid, España, 1990, Pág. 167.

Derecho común, dice que toda condición imposible contenida en una disposición de ultima voluntad, debe ser tenida como no escrita, si la condición es suspensiva, la disposición no entra en vigor y si es resolutoria queda suprimida”.⁷²

En relación al Derecho Hereditario en la normativa Salvadoreña, esta se dice que tiene un doble fundamento constitucional, los cuales son: a) El principio de la propiedad es transmisible en la forma que determinen la Leyes, y b) El Estado tiene el deber de proteger especialmente a la Familia; en razón de lo cual, la Ley secundaria dispondrá a su favor de los bienes de un causante, el cual no testó.

En la Sucesión Testamentaria existen dos sistemas para poder testar: a) El de la Libertad Absoluta de testar, y b) El de la Libertad Restringida de testar. La elección de un sistema u otro, dependerá de la función que se le dé al Derecho Sucesorio. Si se hace imperar el interés individual, es decir si la sucesión se funda especialmente en una propiedad individual clásica, es indudable que el sistema legislativo debe conocer al titular de un patrimonio, la facultad más amplia de disponer de sus bienes a su entera satisfacción para después de su muerte. Si la herencia es una manifestación más de la propiedad en función social y se concibe como el Derecho de usar, gozar y disponer libremente de los bienes, es indiscutible que esa facultad debe llegar hasta límite de permitir a su titular disponer de sus bienes a favor de quien él desee, para después de su muerte. Pero si la sucesión esta fundada sobre la defensa de la familia, y si la propiedad privada se concibe como el resultado de un trabajo común en el núcleo familiar, este será un régimen con limitaciones a la facultar de disponer libremente por testamento. Y desde

⁷² Ibidem Pág. 190.

este ángulo, es posible concebir incluso un régimen que de cabida no únicamente al interés familiar, sino al interés social, ya que los bienes están afectados no solo al sostenimiento de la familia, sino a su supervivencia y desarrollo integral económico, en virtud de que los hijos crean nuevas familias, para continuar la obra comenzada por las generaciones anteriores, se precisa que reciban los bienes familiares, ya que si están bien los hijos como entes principales del núcleo familiar, esta bien la familia y por ende la sociedad.

Con relación a la libertad de testar vale la pena recalcar que, mientras vive una persona, convergen sobre sus bienes una serie de intereses que se hallan en estado latente, y que a su fallecimiento se hacen efectivos y adquieren personalidad, y son ellos:

a) El interés familiar, la Constitución de la República coloca a la familia como la institución principal, sujeta a protección de los Derechos Fundamentales, principalmente el de la propiedad, dado que en la adquisición del conjunto de derechos y obligaciones dejados por una persona al morir, ha tenido una parte importante la familia del causante y el ambiente en que este ha vivido en virtud de que la familia es la base fundamental de toda sociedad, el interés familiar se encuentra íntimamente relacionado con el interés social. b) El interés individual del titular del patrimonio, en mérito al cual, este puede disponer de sus bienes para después de sus días.

Es importante que el interés social debe prevalecer sobre el interés individual, porque aunque se reconoce que todo causante como titular del patrimonio en atención al Derecho de Libertad, pueda disponer de sus bienes, no se considera justo que por la

libertad que este tiene afecte la solidaridad familiar y a los hijos como entes vulnerables del núcleo de la familiar.

El problema de la Libertad Absoluta de Testar en nuestro país, afecta al interés social, porque la única limitación que tiene el causante es la del artículo 960 n° 4 del Código Civil, y se refiere a que la masa de bienes hereditarios, se deducirán las asignaciones forzosas alimenticias, lo cual tiene relación con el artículo 996 inciso 2 del Código Civil, según el cual habrá Libre Testamentifacción sin perjuicio de las reducciones a que se halla sujeto el patrimonio del testador, con arreglo a la Ley, pero cabe mencionar que esta forma de proteger a los hijos, no es suficiente, en virtud de que solo se protege la subsistencia alimenticia, pero no el Derecho a la Propiedad, por lo que tiene mayor garantía el Derecho a la libertad de testar, en ese sentido, dicha libertad perjudica la garantía Constitucional de la protección al Derecho Económico de la familia, regulado en el artículo 32 de la Constitución, pues el causante en muchos casos, puede no ser muy apegado a su familia, falto de cariño hacia ella y llegar a prescindir en su testamento a sus hijos, dejando sus bienes a personas extrañas, no obstante que sus parientes sean personas meritorias y dignas de su ayuda.

Puede verse, en la mayoría de países y a través del tiempo las legislaciones se han inclinado a favor de un sistema que restrinja la libertad de testar, conteniendo limitaciones, contemplando y haciendo exigibles los Derechos que a la familia corresponden, de adquirir el patrimonio de sus miembros cuando estos fallecen. En países anglosajones como Inglaterra, Canadá, Estados Unidos, se trata de restringir esa libertad absoluta que se cree tener, por el contrario en países como Centroamérica y

México, las legislaciones permiten una Libre Testamentifacción. En muchas otras legislaciones, se ordena un sistema con una parte alícuota de la herencia, la cual es indisponible por el testador, porque esta reservada para la familia y otra libre para que el testador disponga de ella, lo que resulta una libertad restringida de testar, la que se considera mucho mas justa, por la protección del Estado hacia la familia.

2.7 Asignaciones Testamentarias

2.7.1 Concepto

El artículo 953 y 954 C.C., definen las asignaciones por causa de muerte como: “las que hace la ley o el testamento de una persona difunta para suceder en sus bienes”. Los llamados que hace la ley son las asignaciones abintestato, y las efectuadas por el testamento son asignaciones testamentarias.

2.7.2 Requisitos de las Asignaciones Testamentarias

De manera breve, vamos a decir que para suceder a una persona es preciso reunir ciertos requisitos de orden subjetivo y de carácter objetivo. Las exigencias subjetivas deben concurrir en la persona misma del asignatario; los requisitos objetivos determinan la validez o nulidad de las propias asignaciones.

➤ Los requisitos subjetivos para suceder son: a) Ser capaz de suceder, b) Ser digno de suceder al causante, y c) Ser persona cierta y determinada.

Respecto a la capacidad y dignidad como requisitos subjetivos para suceder, fueron tratados en el capítulo I (ver 1.2, 1.3, respectivamente), nos ocuparemos ampliamente del tercer requisito en los Capítulos III y IV de éste trabajo.

Nos corresponde pues, ocuparnos de la determinación y certidumbre, como requisitos de las asignaciones en sí mismas. El artículo 1048 C.C. prescribe: Toda asignación deberá ser, a título universal, de especies determinadas o que por las indicaciones del testamento puedan claramente determinarse, o de géneros y cantidades que igualmente lo sean o puedan serlo. Si no fuere así, la asignación se tiene por no escrita, o no hecha. “Tratándose de una asignación a título universal o herencia basta la determinación del patrimonio del causante ya que el heredero sucede en todo o en una cuota. En los legados, en cambio, se exige la determinación de la asignación en sí misma, de los bienes que la forman”⁷³.

2.7.3 Clasificación de las Asignaciones Testamentarias

“Las asignaciones testamentarias pueden clasificarse desde tres puntos de vista:

- ◆ **Primera:** como asignaciones puras y simples y sujetas a modalidades, según que los efectos de la asignación se produzcan inmediatamente o vayan a verse afectados por algunas de las modalidades, las cuales son: la condición el plazo y el modo;
- ◆ **Segunda:** Asignaciones a título universal o herencia, y asignaciones a título singular o legados, y
- ◆ **Tercera:** Como asignaciones voluntarias o forzosas”⁷⁴

Existen en nuestro ordenamiento jurídico, normas especiales con relación a las asignaciones sujetas a modalidades, que vamos a examinar a continuación. Las asignaciones sujetas a modalidades pueden ser de tres clases o tipos a saber:

⁷³ Somarriva Undurraga, Manuel, Op. Cit. Pág. 213.

⁷⁴ Ibidem Pág. 220.

-Las asignaciones testamentarias condicionales, de que tratan los arts. 1052 y siguientes C.C..

-Las asignaciones testamentarias a día o a plazo, reguladas en los arts. 1061 y siguientes C.C..

-Las asignaciones modales, de que se ocupan los arts. 1070 y siguientes C.C..

Retomamos únicamente para el presente trabajo las asignaciones testamentarias condicionales y sujetas a modo.

2.7.4 Asignaciones Condicionales

En cuanto a las asignaciones condicionales nos referiremos únicamente a la contemplada en el artículo 1052 del C. C., por estar íntimamente relacionada con el objeto de la investigación. El estudio de las asignaciones condicionales no es más que eso, el estudio de la condición en relación con las asignaciones testamentarias.

El art. 1052 C. C. inc.2º define las asignaciones condicionales como “aquellas que dependen de un suceso futuro e incierto, de manera que según la intención del testador no valga la asignación si el suceso positivo no acaece, o si acaece el negativo. El inc. 3º del mismo artículo en mención prescribe que las asignaciones testamentarias condicionales se sujetan a lo establecido en el libro IV; un acontecimiento futuro en relación al momento de testar que puede ocurrir o no (incierto); puede ser positivo o negativo, y el positivo debe ser física y moralmente posible. El acontecimiento o no del suceso puede producir efectos suspensivos o resolutorios, vale decir la condición impuesta a una asignación puede ser suspensiva o resolutoria. Esa condición puede ser también: potestativa, casual o mixta. Tanto en el derecho sucesorio como en el contractual, esa

condición puede encontrarse en tres estados: pendiente, cumplida y fallida.”⁷⁵. Sin embargo, por la naturaleza especial de las asignaciones testamentarias es necesario aplicar reglas especiales al respecto.

El artículo 963 inciso segundo del Código Civil, establece que si la herencia se deja bajo condición suspensiva será preciso existir al momento de cumplirse la condición. La condición suspensiva suspende la adquisición del Derecho es decir que el asignatario condicional adquiere la herencia al cumplirse la condición, que esta es que nazca vivo.

2.8 La Donación

Las donaciones son de dos clases, estas pueden ser: Revocables e Irrevocables, siendo las primeras aquellas que se pueden revocar a la libre voluntad del donante y las donaciones entre vivos ò irrevocables, son aquellas que no pueden ser revocadas o anuladas por la voluntad del donante.

2.8.1 La Donación por Causa de Muerte

La donación por causa de muerte, tuvo sus orígenes en el antiguo derecho romano y en el derecho antiguo francés, con sus diferencias en cuanto a su regulación, en relación a los países que todavía la contemplan.

Cabe mencionar que toda donación debe de reunir los requisitos que el testamento exige, pero en sus orígenes esta se hacia por medio de contrato, hoy posee un carácter propiamente testamentaria; la donación por causa de muerte o revocable se puede otorgar

⁷⁵ Ibidem Pág. 216.

en un testamento exclusivamente para tal fin o simplemente como una asignación testamentaria.

En la donación por causa de muerte, se ve inmersa una condición resolutoria y esto es así, en vista que en un momento de peligro se podía donar pero si el donante sobrevivía, el o los bienes que se le donaren se los debe de restituir al donante, pero en el caso que se consigne tal situación, lo que hay que dejar bien claro es que, esta en cualquier momento se puede modificar, anular, etc.

La Donación Revocable, se define como: “aquel acto jurídico unilateral por el cual una persona da o promete dar a otra, una cosa o un derecho para después de su muerte, conservando la facultad de revocarlo mientras viva”⁷⁶.

Y entre sus requisitos encontramos: a) Externos y b) Internos.

✘ Los Requisitos Externos: de conformidad al 1116 C.C., estos serán los mismos que contempla el Art. 997 C.C. para los testamentos, esto es así por que se equipara con la ultima voluntad del testador, las cuales ya se desarrollaron en el apartado de los requisitos de los testamentos; así mismo el Art. 1114 C.C., da la pauta para otorgarla bajo la forma de la donación entre vivos, que mas adelante se explicaran.

Esto de la forma de cómo se ha otorgado se reviste de importancia en el sentido de cómo se ha de confirmar tal donación, para el caso si esta se realizo bajo la forma del testamento, esta se confirma solo con el fallecimiento del donante sin mayor inconveniente, a no ser que el donante la haya revocado; y cuando es por la vía de la

⁷⁶ Ibidem Pág. 268.

donación entre vivos y el donante se ha reservado el derecho de revocarla, esta se debe de confirmar en el testamento del donante.

✘ Los Requisitos Internos: estos se refieren a la capacidad para donar aceptar tal donación, aquí nos debemos de avocar a los requisitos personales que estos deben de cumplir, tales como que tengan la libre disposición de sus bienes, que no sean indignos para recibir herencia.

2.8.2 La Donación entre Vivos o Irrevocable

Este la podemos definir como aquel acto por el cual una persona transfiere gratuitamente e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta. Es de mencionar que esta posee un carácter bilateral, en vista de que debe existir consenso en cuanto al otorgamiento como a su posterior aceptación de la donación, aquí es de mencionar que pese a poseer tal carácter, esta solo genera obligaciones para una parte, la del donante y de ahí que reciba el nombre.

Entre los requisitos que la ley exige para que otorgar una donación entre vivos, están: Los internos, que el donante posea la libre administración de sus bienes, ahora bien, entre los requisitos para recibir una donación ò donatario, el Art. 1269 C.C., nos establece que este debe de existir al momento de la donación, o que al menos se espere que exista pero será bajo condición suspensiva, pero deberá existir al momento en que se cumpla la condición, y en su inciso ultimo nos remite a lo dispuesto en el art. 963 C.C., es decir, se rige por las reglas de la sucesión por causa de muerte, esto se discutirá mas adelante en el capitulo IV.

En cuanto a las incapacidades para recibir herencia y legados, solo aplicamos la de las cofradías o gremios, no así la del condenado por adulterio con el donante, en vista que ya no es tipificado como delito el adulterio.

Entre sus requisitos externos, encontramos que en el caso que sea una donación de un inmueble –art. 1279 C.C.- y cuando esta se ve afectada por una condición suspensiva -1280 C.C.-, cuando se efectuó la tradición del dominio, se deberán realizarse por medio de escritura publica y en el caso del inmueble hay que agregar la presentación de 2 testigos; caso contrario, cuando se donan bienes muebles se pueden realizar por medio de instrumento privado e inclusive sin ningún instrumento, pero aquí habría que abocarnos a lo prescrito en el artículo 1580, el cual estipula que deberá constar por escrito todo acto que contenga la entrega o promesa de una cosa que sea mayor a 200 colones y el artículo 1582 del Código Civil, establece un principio de prueba por escrito.

Hay que agregar que la donación entre vivos en forma excepcional se puede revocar, es decir, cuando esta se haya otorgado pero no ha sido aceptada y posteriormente notificada la aceptación al donante esta se puede revocar al arbitrio del donante, de conformidad al Art. 1287 C.C., en cuanto a la aceptación de la misma, se puede hacer por medio de poder ya sea especial para tal efecto ò general para la administración de sus bienes, por un representante legal e inclusive por algún ascendiente o descendiente siempre y cuando este posea capacidad para obligarse, tal como lo indica el Art. 1286 C.C..

CAPITULO III

III. LOS ATRIBUTOS DE LA PERSONA HUMANA

3.1 Generalidades

3.1.1 Etimología

Toda norma Jurídica, se dirige a un sujeto de derecho; ya que no existe un derecho sin sujeto, siendo el ser humano el destinatario directa o indirectamente. Este sujeto de derecho se denomina “*persona*” y constituye el elemento fundamental del derecho. Nuestro derecho esta fundado, en los principios clásicos, y es lógico, entonces, que comencemos por ocuparnos de las personas; desde los tiempos de Justiniano constituyen la primera materia de estudio, porque “toda ley se ha establecido por causa de ellas”.⁷⁷

“La etimología de la palabra viene del vocablo latino *personae*, que en el lenguaje teatral antiguo designaba la máscara que, a manera de yelmo, cubre toda la cabeza del actor. Cuando la máscara pasó a distinguir tipos y papeles diferenciados, aparecen así los personajes que eran ejemplares o prototipos, a ellos se les llamó “*personae*”, al papel o personaje que significa la máscara diferenciadora. La expresión *persona* sirve así para denotar el papel mismo. Después la jurisprudencia la emplea metafóricamente para significar el papel que cada hombre representa en la vida.”⁷⁸

⁷⁷ Somarriva Undurraga, Manuel, Curso de Derecho Civil, Parte General y de los sujetos del Derecho, 2ª parte, Editorial Nascimento, 4ª Edición, Santiago de Chile, Chile, 1971, Pág. 153.

⁷⁸ Ibidem, Pág. 154.

3.1.2 Teorías del Concepto de Persona

Con relación a este tema, encontramos varias teorías filosóficas contrapuestas, que son:

➤ **La teoría Ius Naturalista Pura**, según la cuál, persona es sinónimo de “*hombre*”, es decir que la calidad de persona no le viene al hombre del ordenamiento jurídico, sino de su condición misma.

➤ **La Teoría Positivista, conocida también como de línea Kelseniana Normativista o Neocrisiana**, según esta tendencia, el vocablo persona viene a ser una referencia de la norma hacia un punto de concentración e imputación; es decir aquello a lo que la norma atribuye derechos y obligaciones”.⁷⁹

“Hay que hacer notar que los términos de persona y de hombre no son sinónimos, ya que el primero constituye una categoría jurídica que sólo se le atribuye a los seres dotados de personalidad, existe únicamente en el ámbito del derecho, el segundo se refiere al ente físico, existe en la naturaleza, es el ser humano de carne y hueso”.⁸⁰

➤ **Persona:** desde el punto de vista jurídico, es todo ser capaz de tener derechos y contraer obligaciones.

3.1.3 Clasificación de las Personas

Desde el punto de vista doctrinario, las personas de Derecho pueden clasificarse en:

⁷⁹ Santos Cifuentes, Elementos del Derecho Civil, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Palma, Edición II, Buenos Aires, argentina, 1991, Pág. 86.

⁸⁰ González Ramírez, Augusto, Introducción al Derecho, Ediciones Librería del Profesional, 4ª Edición, Bogota, Colombia, 1992, Pág. 193.

- **Personas Naturales**, según que el ser humano se considere en sí mismo, y
- **Personas Jurídicas**, cuando se refiere a una formación colectiva organizada en cierta forma, es decir agrupado.

Ambas instituciones son conocidas también como personas de existencia visible y personas de existencia ideal, respectivamente.

Vamos a entender por **Persona Natural, o de Existencia Visible**: A todo individuo de la especie humana, a todo ser humano por el simple hecho de serlo.

Pueden definirse a las **Personas Jurídicas o de Existencia Ideal**: como todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal.

El artículo 52 del C.C., hace alusión a la clasificación de las personas, al referirse a las personas naturales expresa que “son todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición.

3.2 Enumeración de los Atributos

Teológicamente por atributo vamos a entender, cada uno de las cualidades de un ser, cualquiera de las que posea el ser humano; y por cualidad se tiene cada uno de las circunstancias o caracteres, naturales o adquiridos, que distinguen a las personas de las cosas.

Estos atributos que el ordenamiento jurídico reconoce a las personas, implican una serie de prerrogativas y deberes jurídicos, se refieren tanto a la persona física natural como a la persona ficticia o jurídica, con algunas variantes; existen ciertos atributos que le son comunes a ambas personas, como por ejemplo: El Nombre, El Domicilio, La

Capacidad y El Patrimonio; pero hay otros que le son exclusivos a la persona natural, como es El Estado Familiar. Solo nos ocuparemos de los atributos que individualizan a cada persona, que la determinan dentro de un Estado y Familia determinada; y no de aquellas cualidades o derechos humanos o de la personalidad, que hacen a la persona, igual, mejor o peor que otras personas, como por ejemplo El Derecho a la vida, a la Libertad, a la Salud, al Honor, etc.

De estos hay que hacer notar que los nasciturus gozan de algunos de estos en vista de la Reforma Constitucional que sufrió el inciso segundo del artículo 1 de la Constitución, a este se le considera persona como tal, y por ende este goza de esos atributos como son el estado familiar, el patrimonio y la capacidad; aunque esta última hay que hacer la distinción que existe capacidad de goce y capacidad de ejercicio, de las cuales solo goza de la primera de ellas, por la simple cuestión que la segunda se adquiere hasta cumplir cierta edad. El resto de los atributos el nasciturus los adquiere al momento de su nacimiento, y estos son el Nombre, Nacionalidad y el Domicilio. A continuación se desarrollara de forma somera cada uno de los atributos:

3.3 El Nombre

3.3.1 Concepto

“Es el modo de designar e identificar a las personas dentro de la familia y la sociedad. La misión de este es, procurar la identificación e individualización de las personas, por lo cual se puede definir como el signo distintivo y revelador de la

personalidad, o sea, el medio adecuado para distinguir a una persona de las demás”.⁸¹ El Nombre cumple una función indispensable en la vida gregaria, la que difícilmente podría desenvolverse sin este elemento institutivo, que facilita la individualización de las personas.

3.3.2 Naturaleza Jurídica

Es preciso determinar la naturaleza jurídica del nombre, no como problema puramente teórico, sino también de importancia práctica. Cuatro son las teorías principales sobre la naturaleza jurídica del nombre y son:

- **Institución de la Policía:** Sostienen que el nombre es una reglamentación administrativa; la cual se impone, para obtener una buena policía, ya que a esta compete que todo individuo tenga un nombre para que la administración pública pueda cumplir sus deberes.

Esta teoría es criticada, en el sentido de que aquí no existe Derecho al Nombre, y el que lo usurpe no es acreedor de una sanción, y el Estado podría variarlo o cambiarlo cuando quiera.

- **Marca de Filiación:** Sostiene que el nombre, es una marca distintiva de la filiación.

Es refutada esta teoría, por la circunstancia de que si el nombre es una marca de la filiación, los expósitos no podrían tener un nombre, porque a ellos se les ignora su filiación.

⁸¹ Nieto Blanc, Ernesto y otros, Curso de Derecho Civil, Primera Parte, Parte General, Derechos Reales, de Familia, Ediciones Macchi, Buenos Aires, Argentina, 1981, Pág. 71.

- **Propiedad de la Persona:** El nombre como propiedad que es de la persona, esta puede gozarlo y disponer en forma absoluta y que por ello existen sanciones para quien lo usurpe.

Se critica esta teoría, en el hecho que el nombre es algo inmaterial, no se puede ganar por la prescripción, ya sea esta adquisitiva o prescriptiva, ni es enajenable como las demás propiedades que están en el comercio.

- **Atributo de la Persona:** La persona tiene Derechos como la vida, el honor, la libertad, etc..., por ser personas y dentro de esos Derechos innatos esta el nombre, su identificación y como todo Derecho debe ser protegido y amparado.

Esta teoría es la más aceptada, pues la mayoría de las Legislaciones alrededor del mundo, incluyendo la nuestra, regulan el derecho al nombre, por ser considerado este como uno de los atributos de los que goza la persona humana.

El nombre es un Derecho absoluto, vinculado indisponiblemente a la persona de su titular. No se transmite por herencia; el hijo adquiere el apellido de su padre, no por sucesión, sino originariamente por el hecho de su nacimiento. No se puede disponer del Nombre por testamento, ni por negocio entre vivos.

3.3.3 Características del Nombre

El Nombre como un atributo de la personalidad, presenta las siguientes características:

- **Inalienable o Indisponible:** Por ser algo personalísimo, carece de apreciación pecuniaria, se encuentra fuera del comercio, no puede cederse gratuita ni onerosamente,

cualquier contrato que verse sobre el nombre es nulo absolutamente, en cuanto versa sobre un objeto ilícito, según lo establece el artículo 1552 del Código Civil.

Esta característica recae únicamente sobre el nombre que individualiza a la persona humana, pues el nombre de las personas jurídicas si es apreciables en dinero y la Ley así lo establece en los artículos 73 al 77 del Código de Comercio.

- **Imprescriptible:** Es decir, que el nombre no se adquiere por el transcurso del tiempo, por la prescripción adquisitiva, regulada en el artículo 2237 C.C., ni se pierde por el hecho de no usarlo, es decir por la prescripción extintiva, regulada en los artículos 2253 y siguientes del Código Civil., cosa contraria que sucede con el nombre comercial, pues este ultimo por ser apreciable en dinero, si es prescriptible.

- **Necesario:** Porque ninguna persona puede dejar de tener uno, siendo su uso de orden obligatorio en las relaciones interpersonales, como principio general.

- **Único:** Se debe a que cada persona tiene una designación que es vitalicia, pues cumple una función identificadora, pues la misma Ley asimila la individualidad del nombre ya que interesa al orden publico como derecho subjetivo que es, así lo menciona el artículo 1 de la Ley del Nombre.

- **Es Inmutable:** Solo puede cambiarse por excepción, no puede cambiarse a voluntad de las personas, solo en los casos determinados por la ley, según el artículo 16 de la Ley del Nombre, el cual dice que el nombre no se cambiara sino en los casos y de la manera que la Ley señala.

- **Tutelado por la Ley:** Viene a gozar de la protección legal como se desprende del artículo 2 de la Ley del Nombre, pues dice que se regulará el nombre de la persona natural, en cuanto a su formación, adquisición, elementos, cambios uso y protección.

3.3.4 Componentes del Nombre

El nombre comprende dos elementos que son: a) El Nombre Propiamente dicho, *strictu sensu*, nombre de Familia o Apellido, b) El Nombre Propio, Individual o de Pila, llamado también así porque se impone precisamente en la pila bautismal.

- **El Nombre Propio, Individual o de Pila, llamado también así porque se impone precisamente en la pila bautismal:** Con él se pretende individualizar a cada miembro de una misma familia y su asignación es libre, la ha dejado el Estado a voluntad de las personas.

Sin embargo en nuestra legislación la libertad de escogencia del nombre propio está reglamentado por la Ley, con esto se quiere procurar que los que los padres no impongan un nombre ajeno al sentir de la comunidad o un nombre extravagante, ridículo o impropio a las personas, o que este sea equivoco respecto del sexo, o contrario al buen lenguaje, es decir que estos sean ridículos o inmorales, así lo regula el artículo 11 de la Ley del Nombre.

- **El Nombre de Familia o Apellido:** Este revela el enlace biológico de las generaciones de una misma familia a la cual pertenece una persona.

Con el apellido se aprecia mejor el Derecho Subjetivo que constituye el nombre, pues por el carácter de vínculo familiar, pregona esa otra calidad del ser humano que es

el Estado Familiar y el apellido incide directamente en la filiación que de acuerdo con los artículos 134 y 186 del Código de Familia, puede ser por consanguinidad o por adopción, las reglas para la imposición del apellido se encuentran en los artículos 13 al 15 de la Ley del Nombre.

3.3.5 El Seudónimo

“Es un nombre de ficción, supuesto que la persona se da a si misma para ocultar al publico su verdadero nombre, es de uso común en ciertos ámbitos, como el artístico, el literario, el periodístico o deportivo, entre otros”.⁸² Se equipara al nombre, disponiendo que goza de igual tutela, no basta, pues el mero uso para que se dispense su protección al titular, sino que es necesario el recaudo de la notoriedad, es decir que el empleo individualiza públicamente a la persona con similar función a la del nombre; el legislador no lo desampara pues lo protege con la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Intelectual que en su artículo 6 literales B y G, así lo dice.

3.3.6 El Sobrenombre o Apodo y Los Diminutivos Familiares

“El Sobrenombre o Apodo, es el nombre que suele darse a una persona, tomado de sus defectos corporales o de alguna otra circunstancia”.⁸³ Son designaciones de la persona que a diferencia delseudónimo, no se auto-adjudica, sino que les son impuestos por los demás, obedecen a veces a defectos o cualidades por lo general negativas del sujeto. Es muy utilizado en el ámbito delincencial, ahí puede entonces adquirir un papel útil para mejor asegurar la identidad; carece de todo valor jurídico, y en ciertos

⁸² Somarriva Undurraga, Manuel Op. Cit. Pág. 231.

⁸³ Ibidem, Pág. 231.

documentos judiciales o de policía se considera el sobrenombre, mencionándolo precedido a veces por las palabras “*alias*” o “*apodado*”.

En cuanto a los diminutivos familiares, significan apelativos con causas diversas, como ser variantes del nombre, por ejemplo, chico por francisco, toñito por Antonio; o los nacidos del afecto como bebe, nene, etc... No se encuentran contemplados en la Ley, ni reciben en principio tutela jurídica. Pero no son totalmente extraños a la vida jurídica, pudiendo tener aplicación, por ejemplo en materia testamentaria, donde la designación del heredero o legatario son validas, aunque se hiciere a través de un sobrenombre, apodo o de un apelativo familiar, sino hubiere duda sobre la identidad del beneficiario, así lo establece el artículo 1040 del Código Civil.

El nasciturus no goza de este atributo, en vista que este se adquiere hasta el momento en que se nace, en consecuencia el nombre se recibe en el preciso momento en que el padre o la madre lo inscriban en el Registro del Estado Familiar, de conformidad a los artículos 19 y 25 de la Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar y de los Regimenes Patrimoniales del matrimonio, pues esta inscripción da fe del hecho, del nombre, la fecha, hora y lugar del nacimiento, del sexo y, en su caso, de la filiación del inscrito, pues antes de este acontecimiento no tiene un reconocimiento legal.

3.4 El Estado Familiar.

“La palabra Estado viene del Derecho Romano, Status, por medio del cual se indicaba a los tres elementos de la personalidad: Status Libertatis, Status Civitatis, Status Familiae, reunidos esos elementos se llegaba al Sui Iuris o Personalidad Completa. Se

llama hoy Estado Familiar a la “situación o posición jurídica de la persona en la sociedad y frente a las demás personas”.⁸⁴

3.4.1 Concepto

El Estado Familiar, desde el punto de vista del Código de Familia, el artículo 186 dice que es la calidad jurídica que tiene una persona en relación a la familia y por el cual la Ley le atribuye determinados derechos y deberes; se puede originar por vínculo matrimonial o por vínculo parental.

3.4.2 Tipos de Estados Familiares

“El estado familiar tiene distintas vertientes según se consideren las relaciones de familia, políticas, profesionales; y en relación con el parentesco, una persona puede tener varios estados familiares tales como: padre, madre, hijo, hermano, tío o sobrino. Según algunos autores amplían el concepto de estado familiar, a la situación de la persona consigo misma atendiendo a su salud, sexo o edad. Sin embargo, este criterio amplio no es compartible, pues confunde el estado con otros atributos y no se advierte una verdadera identificación propia”.⁸⁵

La mayoría de autores le dan mayor importancia al Estado Familiar según las relaciones de familia, aunque también admiten considerar el estado profesional, y en consecuencia, las prerrogativas que nacen de tal profesión; valga la aclaración hecha con anterioridad, en la que al hacer una amplia consideración del estado, no se advierte una verdadera identificación propia.

⁸⁴ Santos Cifuentes, Op. Cit. Pág. 107.

⁸⁵ Ibidem, Pág. 107.

3.4.3 Estado Familiar y Capacidad

Es necesario hablar del Estado Familiar y Capacidad, ya que son aspectos íntimamente relacionados, aclarando que no ahondaremos en la capacidad, por ser un punto específico a tratar en este capítulo.

En muchas ocasiones se puede confundir el Estado Familiar y la Capacidad, sin embargo, ambas instituciones tienen naturaleza diferente. El Estado es fijo y determinado, desde que es posición o situación de la persona, la Capacidad es variable y susceptible de grados. Una persona tiene o no tiene un Estado Familiar, en cambio esa misma persona, puede tener más o menos capacidad según el caso.

El estado familiar al igual que la capacidad, tienen su origen en el reconocimiento que les hace el ordenamiento jurídico, y es así ya que las incapacidades solo pueden tener lugar, cuando así lo ha dispuesto la norma, en cambio el Estado Familiar se mantiene inmodificable.

Al igual que el Estado Familiar, la capacidad tiene como única fuente de su reconocimiento el ordenamiento jurídico normativo. Si nada establece la Ley, el principio que rige es el de la capacidad, por lo que la incapacidad, sólo puede derivar de la ley.

Podemos concluir que las diferentes capacidades no tienen consecuencias en el Estado Familiar, por ejemplo, un menor no cambia su estado de hijo o hermano, a causa de su minoridad. Pero podemos asegurar que el Estado Familiar, sí tiene influencia sobre la capacidad, de donde su modificación produce una reducción o una ampliación de la capacidad, tanto de hecho como de derecho, podemos dar el ejemplo de que dos

hermanos deseen contraer nupcias, lo cual se vuelve imposible en vista que carecen de capacidad para hacerlo.

3.4.4 Efectos del Estado Familiar.

“El Estado Familiar, no sólo cumple una misión definidora de la persona junto con los otros, sino que al caracterizarla como un modo de ser frente a la sociedad por causa de los vínculos filiatorios, es el hito primordial del cual nacen una serie de derechos y obligaciones que son propios de esos vínculos. El derecho de familia y el derecho hereditario se nutren sustancialmente de aquéllos, aunque una parte de este último pueda provenir de la voluntad testamentaria de las personas, sin influencias del estado. Por ejemplo el matrimonio es fuente de derechos y obligaciones, tanto positivos como negativos”.⁸⁶

Esta creación, distribución y modificación de derechos y deberes, muestra la importancia del atributo, y es por ello, que el ordenamiento jurídico reglamenta los medios judiciales para el reconocimiento e impugnación del Estado.

El Estado Familiar es de gran importancia para el Nasciturus pues según la presunción del artículo 141 del Código de familia, existe un vinculo de familia entre él y sus padres pues todo aquel que nace es hijo de alguien, y aun si el causante fuese o no pariente debe poder determinar a la persona ya sea por cierta cualidad o puede hacerlo por alguna otra manera siempre y cuando no hubiese duda del asignatario, como por ejemplo determinando como su sucesor al hijo por nacer de X persona, aunque esta no

⁸⁶ Ibidem, Pág. 108.

tenga un reconocimiento legal pues lo tendría hasta su inscripción, con la cual adquiere un estado familiar ya legal.

3.5 El Domicilio

“Toda persona esta relacionada con un lugar determinado del país en donde habitualmente ejerce su profesión u oficio, suele vivir en forma continua, tiene el principal asiento de sus actividades, ha radicado sus principales intereses familiares y pecuniarios, es en donde ha concentrado sus vinculaciones jurídicas”.⁸⁷

3.5.1 Concepto

El domicilio implica la presencia jurídica no física, de la persona en un lugar no determinado; de lo anterior el artículo 57 del Código Civil, menciona que el domicilio consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella.

Otros autores sostienen que el domicilio, es el asiento jurídico de una persona, o sea la relación permanente que la Ley establece entre una persona y un lugar determinado en que se le supone siempre presente para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.⁸⁸

No es de confundirse el domicilio con la residencia ni con la habitación, pues son distintos; ya que el domicilio es una relación jurídica (relación de derecho), entre una persona y un lugar determinado cualquiera (municipio); y la residencia hace referencia a la casa donde vive una persona es decir, es una noción de orden material (noción de

⁸⁷ González Ramírez, Augusto, Op. Cit. Pág. 224.

⁸⁸ Angarita Gómez, Jorge, Lecciones de Derecho Civil, Personas y Representación de Incapaces, Editorial Temis, 4ª Edición, Santa Fe de Bogota, Colombia, 1994, Pág. 219.

hecho); y la habitación, se refiere al sitio donde actualmente se aloja un sujeto de manera transitoria,⁸⁹ tal como lo establece el artículo 61 C.C.

Es importante determinar el domicilio de una persona, pues su función es la de permitir ubicar a la persona en un lugar determinado para efectos jurídicos, los cuales pueden ser para pagar impuestos, intervenir como jurado en casos penales, dar cumplimiento a sus obligaciones, ser demandados, etc.

3.5.2 Características del Domicilio

De acuerdo con la teoría clásica el domicilio debe ser:

✓ **Fijo:** La fijeza del Domicilio se refiere, a que este no cambie por el simple hecho de que una persona se traslade a vivir a otro lugar, es decir que el mismo sea siempre dentro del territorio ya que si es fuera del país, obviamente su domicilio político cambiaría.

✓ **Necesario u Obligatorio:** se refiere a que por el hecho de existir una persona, esta tiene necesariamente un domicilio, pues no puede concebirse a una persona que no pertenezca a ningún lado. Las personas sin domicilio son la excepción, como por ejemplo los indigentes, pero estos poseen un domicilio político, pero no un domicilio civil.

✓ **La Unidad del Domicilio:** siguiendo la teoría clásica, como la persona es una el domicilio también debe ser uno, aunque en las comisiones de vida moderna se puede aceptar la pluralidad de domicilios.

⁸⁹ González Ramírez, Augusto, Op. Cit. Pág. 224.

3.5.3 Clasificación del Domicilio

Según el artículo 57 inciso 2º del Código Civil, el domicilio se divide en: **a)** Domicilio Político y **b)** Domicilio Civil. Siendo el primero el que se refiere a todo el territorio del Estado, comprende al Estado en general, así lo dice el artículo 58 del Código Civil; y el segundo, es el relativo a una parte determinada de un territorio, es el lugar donde un individuo esta de asiento o ejerce habitualmente su profesión u oficio o donde ha manifestado a la autoridad municipal su animo de permanecer, determinando así su domicilio civil o vecindad, según lo regula el artículo 60 C.C.

Por la diversidad de derechos a que se refiere el domicilio civil, puede ser:

- **El Domicilio General**, es el que se aplica a la generalidad de los derechos y obligaciones de una persona, también se le conoce como domicilio ordinario, y se acude a el cuando no haya un domicilio convencional; y se divide en:

- **Legal de Dependencia o de Derecho:** es el que la Ley impone directamente a determinadas personas en razón del estado de dependencia que existe entre ellas.

- **De origen**, es el que tiene una persona al momento en que adquiere la capacidad para poder tener uno que sea personal y que conservara hasta que adquiriera otro. Es el domicilio legal pero de forma continua. El hijo bajo patria potestad tiene el domicilio de sus padres hasta el día que lo cambie.

- **Voluntario o real o de escogencia**, es el elegido por una persona por su arbitrio. Es aquel que la persona puede optar libremente cuando adquiere la capacidad legal de tener uno que sea personal, o sea propio.

- **El Domicilio Especial**, es el que se refiere al ejercicio de determinados derechos o relaciones jurídicas. Este se puede establecer por medio de un contrato, en virtud del cual, se designa un domicilio civil especial diferente al propio de la persona, para el cumplimiento de tal obligación.⁹⁰

El domicilio general no se transmite si no que es impuesto por la Ley, puede variarse o cambiarse; el domicilio especial solo puede modificarse por acuerdo entre las partes.

La legislación salvadoreña acoge el principio de la pluralidad del domicilio es decir que conoce la posibilidad que las personas puedan tener más de un domicilio, según artículo 65 del C.C..

❖ **Del domicilio supletivo o residencia transitoria**, es el domicilio de aquellas personas que por razón de su profesión no tienen lugar fijo para su actividad; es para ciertos actos el de los agentes vendedores ambulantes y en general para los extranjeros, según como lo dice el artículo 66 del Código Civil.

Según las reglas generales de la sucesión, ésta se abre en el último domicilio civil del causante, es decir el que el causante ha elegido libremente, y será competente el juez de ese mismo domicilio, podemos notar que en las diligencias que se siguen para la aceptación de la herencia, es un requisito indispensable; no hacerlo, es causa de prevención. Así podemos mencionar que el artículo 867 del C.Pr.C., establece que el testamento cerrado debe abrirse en el último domicilio del testador. Y el artículo 868 del mismo cuerpo legal exige que los que pretendan la apertura de un testamento deben

⁹⁰ Angarita Gómez, Jorge, Op. Cit. Pág. 221.

apersonarse ante el juez competente, es decir el del domicilio del causante. Podemos notar, entonces la importancia de determinar el domicilio del causante; existen excepciones como a toda regla y son los casos de la muerte presunta y los extranjeros con descendientes y bienes en el país, pues como lo mencionamos en una de las características una persona puede en determinado momento, tener varios domicilios.

Este atributo no es muy preciso en cuanto al nasciturus, y esto es así por su misma condición de estar dentro del vientre materno, pero a partir del análisis del artículo 70 C.C., podemos concluir que si el nasciturus se halla sujeto a la autoridad parental de sus padres, y es por eso que sigue el domicilio de la persona bajo cuidado personal se encuentre.

3.6 La Nacionalidad

Es considerada como un atributo de la persona, pero no es exclusivo del Derecho Civil, sino también del Derecho Constitucional. “Este atributo es muy especial, pues tiene una singularidad y es que *no se adquiere con la concepción*, pues solo al nacer se adquiere este vínculo con la colectividad que se denomina nación; desde un punto de vista la nacionalidad es uno de los elementos que contribuye a individualizar a una persona, y por consiguiente, una de sus calidades, uno de sus derechos fundamentales”.⁹¹

3.6.1 Concepto

La nacionalidad es el vínculo que liga a una persona con un Estado determinado, del cual se derivan derechos y obligaciones recíprocos. El fundamento jurídico de la nacionalidad, se encuentra en la reglamentación legal que el Estado, en un acto de

⁹¹ Ibidem, Pág. 230.

creación unilateral expide al respecto un ejercicio de su soberanía y en defensa de sus derechos y teniendo en cuenta aquellos intereses aceptables de los individuos.⁹²

3.6.2 Principios Generales sobre la Nacionalidad

La nacionalidad como elemento de individualización de la persona debe regirse bajo ciertos principios que son: a) Toda persona debe tener una nacionalidad, b) esa nacionalidad tiene que ser única, es decir que no debería presentarse la doble nacionalidad, c) Toda persona puede cambiar de nacionalidad, y d) El principio de dependencia y unidad familiar.

Sin embargo, la Constitución de la Republica de El Salvador, en su artículo 91, rompe con el principio de la nacionalidad única, y acoge con gran acierto la llamada múltiple nacionalidad al establecer que solo los salvadoreños por nacimiento tienen derecho a gozar de la doble o múltiple nacionalidad, según como lo regula el artículo 93 de la Constitución.

El vínculo de nacionalidad implica la existencia de Derechos y Obligaciones entre el Estado y cada uno de sus habitantes; en consecuencia los nasciturus no tienen ninguna obligación con el Estado por el hecho de que no han nacido.

3.6.3 Sistemas para Determinar la Nacionalidad

Para determinar la nacionalidad de una persona hay varios medios o sistemas fundamentales los cuales pueden ser:

⁹² González Ramírez, Augusto, Op. Cit. Pág. 228.

❖ **Ius Sanguinis:** Según este sistema, la nacionalidad se determina por los lazos de sangre que unen a los individuos con sus ascendientes, de tal forma que los hijos tienen la nacionalidad de sus padres.⁹³

A este sistema se le llama también “Perfecto” o “Doble”, cuando ambos padres son de una misma nacionalidad, pero cuando son de diferentes nacionalidades, es decir que un padre es de un país y la madre de otro se le denomina “imperfecto” o “medio”, y el hijo puede llegar a tener las dos nacionalidades según el artículo 91 de la Constitución.

❖ **Ius Soli:** Por este sistema, la nacionalidad de un individuo se determina por el territorio de su nacimiento, se le reconoce la nacionalidad al sujeto que ha nacido en territorio salvadoreño, sin consideración a la nacionalidad de sus padres.⁹⁴

❖ **Ius Domicilii:** Conocido también como “*Animus Mamendi*”, la nacionalidad de una persona se determina por la nación donde ella fija su domicilio, es decir, donde se ha establecido en una forma estable y radicado sus principales intereses de familia y patrimoniales.⁹⁵

❖ **Privilegio Legal:** Según este sistema, un extranjero adquiere la nacionalidad por razón de haber ejecutado ciertos actos positivos señalados para el efecto por el Estado otorgante.⁹⁶

Un país otorga la nacionalidad a una persona como un honor, como una recompensa por un acto considerado como beneficio.

⁹³ Ibidem, Pág. 229.

⁹⁴ Ibidem, Pág. 229.

⁹⁵ Ibidem, Pág. 229.

⁹⁶ Ibidem, Pág. 230.

❖ **Anexión Territorial:** Este principio consiste en otorgar la nacionalidad a los individuos pertenecientes a los territorios conquistados o anexados, y que por consiguiente, hubieren perdido su soberanía.⁹⁷

❖ **Adopción:** Todo individuo que reúna las condiciones establecidos por un Estado, puede solicitar y otorgarle la nacionalidad, llamada también *Naturalización*. Este sistema, exige entre otros requisitos un determinado lapso mínimo de permanencia del sujeto aspirante en el país, esta íntimamente ligado con el ya relacionado principio de *Ius Domicilii*. Este sistema esta regulado en el artículo 90 n° 3 de la Cn.

En lo concerniente a El Salvador y con respecto a la nacionalidad, la constitución política adopta varios sistemas de los ya explicados y puede considerarse un sistema mixto, ya que combina los sistemas *Ius Sanguinis*, el *Ius Soli*, el *Ius Domicilii*, y el *Privilegio Legal*, a favor de ciertos extranjeros, reconocidos además el sistema de la adopción o naturalización, así como lo establece el artículo 92 de la Cn.

Tal como se expuso al inicio, el *nasciturus* no posee este atributo, por la condición en que se encuentra, pero la adquirirá en el momento de su nacimiento, es por eso que el solo hecho de estar concebido no se goza de este atributo.

3.7 El Patrimonio

“El origen de esta palabra es discutible, pero parece haberse referido en forma colectiva, a las cosas que se hallaban bajo el poder de decisión del padre de familia romano, el único verdadero sujeto plenamente capaz en el contexto latino”.⁹⁸

⁹⁷ Ibidem, Pág. 230.

⁹⁸ Ravinovich Berckman, Ricardo D., Derecho Civil, Parte General, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2000, Pág. 424.

“La base filosófica se debe a Aubry y Rau, juristas franceses, que elaboraron con toda precisión la teoría del patrimonio, como concepto ideal y jurídico, considerándolo un aspecto de la personalidad”⁹⁹

3.7.1 Concepto

“Para Josserand: El patrimonio, es el conjunto de valores pecuniarios, positivos o negativos pertenecientes a una persona, figurando unos en el Activo y otros en el Pasivo.

Según Planiol: El patrimonio, es el conjunto de derechos y obligaciones apreciables en dinero.

De lo anterior, podemos deducir que el patrimonio, es el conjunto de derechos de contenido total o parcialmente económico que una persona posee y de obligaciones también total o parcialmente económicas que deben ser satisfechas por aquellos”.¹⁰⁰

3.7.2 Características del Patrimonio

El estudio del patrimonio supone el examen de las características del mismo, por consiguiente vamos a decir que es:

✓ **Necesario y Vitalicio**, porque el titular de todo patrimonio es la persona, y no se puede concebir a una persona sin el, es decir, que cada persona tiene que tener necesariamente un patrimonio, el cual le une hasta su muerte.

✓ **Único**: Cada persona no tiene más que un patrimonio general, personal, que conforma el modo de esa persona.

⁹⁹ Santos Cifuentes, Op. Cit. Pág. 176.

¹⁰⁰ Barriere, Jorge Alberto, Guía de Estudio, Derecho Civil II, Bienes, Pág. 1.

✓ **Inalienable y Absoluto:** significa que el patrimonio, está fuera del comercio, como una unidad sustancial e ideal y debe ser respetado por todas las demás personas, en tal carácter.

✓ **Universum Ius:** El patrimonio forma un todo jurídico; una universalidad de derechos que no puede ser dividida, sino en partes alícuotas pero no en partes determinadas por sí mismas, porque compuesto por una pluralidad de bienes, es una unidad conceptual del conjunto. No debe entenderse la suma de su componente, sino como parte misma de la capacidad en relación con los objetos de sus derechos.

La persona mientras viven no puede desprenderse de su patrimonio, considerado como una universalidad, así como lo establecimos en una de sus características.

El patrimonio no puede cederse, como no puede cederse el Estado Familiar ni la Capacidad.

3.7.3 Composición del Patrimonio: Cosas y Bienes.

El patrimonio esta formado por un Activo y un Pasivo. **El activo:** es el conjunto de derechos, y **El Pasivo:** se refiere al conjunto de obligaciones. El patrimonio valorado en dinero se denomina: negativo: cuando el pasivo –deuda- excede al activo; y positivo: si el activo excede al pasivo.

En cuanto a los derechos patrimoniales, son los que tienen por objeto una ventaja de orden pecuniario, el que puede recaer sobre las cosas del mundo exterior o los actos de las personas. Ahora bien, dentro del patrimonio, cuando el derecho se ejerce sobre la cosa, se establece una relación entre el titular y la cosa; aprovechando las ventajas y utilidades sin necesidad de intermediario alguno, entonces tenemos el Derecho Real.

Es necesario definir que vamos a entender por cosa y bien como elementos constitutivos del patrimonio. “Se entiende por cosa todo lo que esta fuera del hombre y tiene existencia corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta”.¹⁰¹

Nuestro Código Civil, en el Art. 560, llama bienes a todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación; añade que pueden dividirse en inmuebles y muebles.

Los bienes Inmuebles son los que no pueden ser trasladados de un lugar a otro, sin que se altere su naturaleza, forma y sustancia. El Art. 561 CC., nos regula cuáles son esos bienes inmuebles así, “son bienes inmuebles o raíces las tierras y los edificios y construcciones de toda clase adherentes al suelo. Un aspecto importante, es el regulado en el último inciso, menciona que también son bienes inmuebles los derechos reales constituidos sobre las fincas urbanas o rústicas, es decir que no solo se consideran bienes inmuebles a las cosas tangibles a los sentidos, aquellas que podemos ver, etc., sino también los derechos que ejerzamos sobre esa cosa, la relación establecida por el titular y la cosa.

Por el contrario, los bienes muebles son lo que pueden ser trasladados de un lugar a otro, el artículo 562 CC., hace referencia a ellos, al decir “son bienes muebles todas las cosas corporales y los derechos no comprendidos en el artículo anterior, es decir el artículo 562 que ya mencionamos.

Esta universalidad Jurídica de la que venimos hablando, en el Derecho sucesorio, recibe el nombre de herencia, es decir el patrimonio transmitido por el titular; y es que el patrimonio reviste mucha importancia por lo que a la muerte del causante éste no puede

¹⁰¹ Ibidem, Pág. 5

quedar en el abandono. El Estado es el interesado en proporcionar la seguridad jurídica. El heredero es el continuador de la persona del causante, es el obligado de darle cumplimiento a las relaciones jurídicas que el causante había adquirido.

Para el caso que nos ocupa, el nasciturus puede ser sujeto receptor de bienes, ya sea por medio de herencias, legados o donaciones etc. Esto es así, en vista que al considerársele persona a partir de la Reforma Constitucional del artículo 1 inciso 2, este se vuelve capaz de aceptar el patrimonio que el de cuius le ha otorgado, no por sus propios medios pero si por medio de la representación la cual normalmente es ejercida por los padres, y por excepción quien se encuentre ejerciendo la autoridad parental, según el artículo 224 del Código de Familia.

El artículo 952 inciso 2° del C.C., regula que: “el título es Universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes derechos y obligaciones transmisibles”, sin embargo hay que aclarar cuáles de esos derechos y obligaciones son objeto de transmisión. En cuanto al patrimonio moral que hace referencia a los derechos personalísimos: derecho al honor, la vida, la libertad, etc. este no es transmisible.

En relación a los Derechos Personales la ley no hace una enumeración taxativa, ya que se constituyen tomando en consideración a la persona, son personalísimos y están ligados a la persona, por lo que son intransmisibles. En Cambio todos los derechos reales son transmisibles, con la salvedad del derecho de Usufructo y el de Uso y Habitación; así mismo los Derechos Intelectuales, que es la facultad de percibir beneficios económicos provenientes de la creación de obras intelectuales. Por lo que podemos concluir que no todo el patrimonio se puede transmitir.

3.8 La Capacidad

Como se sabe la capacidad de la persona es uno de los elementos indiscutibles, para la eficacia de los actos jurídicos, pues de la capacidad se desprenden los demás atributos y es la que permite identificar quienes son sujetos de derechos y de obligaciones.

3.8.1 Concepto

Esta la podemos definir, como la aptitud o suficiencia para una cosa. Legalmente la capacidad es la aptitud para ser sujeto de derechos y de obligaciones, o “facultad mas o menos amplia de realizar actos validos y eficaces en derecho”,¹⁰² es decir, la suficiencia de la persona para adquirir derechos y administrarlos por si mismas, el articulo 1316 del C.C., establece que la capacidad legal de una persona, consiste en obligarse por si misma y sin el ministerio o la autorización de otra.

Por otra parte, hallamos que “*la Incapacidad*”, se refiere, a la carencia de condiciones físicas, síquicas o legales para determinada actuación dentro de la sociedad”¹⁰³. Se desprende que la incapacidad no es la falta de derecho sino la imperfección en el obrar, pues el derecho existe pero puede ser limitado por la falta de aptitud.

Basta que con el nacimiento de una persona, se constituya un principio de vida para que en la criatura se manifiesten todos los derechos que le correspondan, en el caso

¹⁰² Angaita Gómez, Op. Cit. Pág. 238.

¹⁰³ Ibidem, Pág. 238.

del concebido, este goza de la protección de la ley, aunque se halle incapacitado para ejercer tales derechos que se le protegen.

La capacidad legal reconocida a una persona no constituye un derecho adquirido sino la facultad de ejecutar validamente ciertos actos y adquirir ciertos derechos.

3.8.2 Clasificación.

La capacidad puede ser de dos clases: la primera, capacidad jurídica de derecho o de goce; y la segunda, capacidad de voluntad, de hecho de obrar o de ejercicio.

✓ Capacidad Jurídica de derecho o de Goce

Es la aptitud de ser sujeto de derecho, es decir la idoneidad para ser titular de ello, es el verdadero atributo de la personalidad, por lo cual se le denomina también capacidad adquisitiva o esencial.

Se trata de derechos civiles de carácter patrimonial, que tiene toda persona ya sea natural o jurídica, por el simple hecho de serlo, independiente de toda condición y sin que requiera algún grado especial de discernimiento.

Partiendo de la reforma constitucional del artículo 1 inciso segundo, en la cual al nasciturus se le considera persona, entonces, este se vuelve capaz de adquirir bienes vía herencia, legado y donación, etc.

Esta capacidad cuya existencia es independiente del hecho, de que el sujeto sea efectivamente titular de determinado derecho, implica, la posibilidad abstracta y general de que aquellos derechos previstos, en el ordenamiento jurídico se radiquen en cabeza de una persona.

Así se tiene que toda persona, tanto niños, anciano, cuerdos o enajenados mentales puedan ser titulares de derechos reales, sucesorales.

✓ **Capacidad de Ejercicio**

La aptitud para el ejercicio de los derechos de que esta investido una persona, para administrar por si sola sus derechos, es decir, que pueda disponer libremente de sus bienes. Se le conoce con el nombre de capacidad legal, de obrar o de ejercicio, artículo 1316 C.C., esta capacidad esta subordinada a cierta madurez del sujeto, es decir, para que a una persona se le considere con capacidad de ejercicio debe estar dotada de voluntad plenamente desarrollada, reflexiva con discernimiento.¹⁰⁴

Esta capacidad de voluntad, esta supeditada a la capacidad de goce, por que quien tiene el derecho, tiene la acción y esta no existe si aquel no ha nacido, el caso del nasciturus.

De acuerdo con el artículo 1316 del C.C., puede afirmarse que la capacidad es la regla general, y la incapacidad es la excepción y se clasifica en absoluta y relativa.

Son absolutamente incapaces todas aquellas personas que por carecer del suficiente discernimiento no tienen idoneidad para cuidar de si mismas y de sus propios intereses, y por tanto sus actos no producen obligaciones naturales y no admiten caución, carecen de forma absoluta de la capacidad de obrar, y los actos y contratos que efectúen carecen de nulidad absoluta, la cual puede y debe ser declarada por el Juez, sin necesidad de que exista petición de parte, según los artículos 1552 y 1553 del C.C..

¹⁰⁴ González Ramírez, Jorge, Op. Cit. Pág. 235.

Estas incapacidades están instituidas por aquellas personas a quienes la ley no permite su ejercicio de derechos, debido a su edad, estado físico o mental que les impida expresar plenamente su voluntad, así lo dice el artículo 1318 del C.C..

La incapacidad relativa abarca a aquellos sujetos que tienen cierto principio de capacidad de obrar, sin llegar a la plenitud de idoneidad de los capaces, de tal forma que muchos de sus actos pueden llegar a tener valor jurídico, en ciertas circunstancias y bajo ciertos aspectos determinados por la ley, los actos realizados bajo esa clase de incapacidad están viciados de nulidad relativa, la cual únicamente a petición de parte puede ser declarada por el Juez, pueden sanearse por el lapso del tiempo o por ratificación de las partes, artículo 1318 inciso tercero y 1554 del C.C..

Dentro de esta clase de capacidad se puede decir que toda persona es capaz de adquirir derechos por ejemplo, la posesión de bienes muebles, entre estas personas se encuentran los nasciturus, pero acordémonos que toda persona para la validez de sus actos, debe gozar de plena capacidad de ejercicio; y quien carece parcial o totalmente de ella debe valerse de otra persona que le complemente su capacidad, como en el caso de una donación a un menor de edad, en el cual por medio de sus representantes legales, quienes serían sus padres, este aceptaría tal donación, ya que por sí mismo no lo podría hacer.

Ciertamente el art. 1 inc. 2° Cn reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción, no obstante, es innegable que en la práctica no pueden efectivizarse todos los derechos que como tal le corresponden, atendiendo a las circunstancias específicas de su condición biológica en ese particular momento. Es

por ello que generalmente se acepta sin mayores cuestionamientos la capacidad de goce que les asiste a los nonatos, pero en cuanto al ejercicio de sus derechos resultan poco factibles de ejecución en algunos casos, ya que presenta una serie de dificultades como son, la inseguridad de que el hijo por nacer llegue al término y nazca vivo.

3.9 Fin de la Existencia de las Personas Naturales

Así como es importante saber cuándo comienza legalmente la existencia de una persona, también es necesario saber cuándo termina ante la ley esa existencia, pues estos hechos indican el inicio y la terminación del sujeto de derechos y obligaciones.

Son dos las clases de muerte que contempla nuestra ley civil: la muerte natural; la muerte presunta; y ambas extinguen la personalidad.

✓ **Muerte Natural:** la que en su sentido propio, se entiende como la cesación de la vida. “Es la cesación de los fenómenos que constituyen la vida. De acuerdo con las religiones, consiste en la separación del alma del cuerpo. Científicamente, es la extinción de la vida fisiológica”.¹⁰⁵

✓ **Muerte presunta:** de la que nos ocuparemos más adelante.

3.9.1 La Muerte Natural

El deceso de la persona física constituye un hecho jurídico de máxima importancia, dado que además de extinguirse, se produce la transmisión de los bienes de que era titular (derechos y obligaciones), a quienes resulten ser sus sucesores. Con la muerte, termina la voluntad del hombre. Los efectos jurídicos que el hombre produjo con su voluntad mientras vivía le sobreviven en la medida en que sus relaciones jurídicas se

¹⁰⁵ Somarriva Undurraga, Manuel, Op. Cit. Pág. 170.

transfieren al heredero tal y como él las configuro. Además por medio de disposiciones de última voluntad, el causante puede regular la situación jurídica que se producirá por efecto de su muerte.

Puesto que el nasciturus, por efecto de la ficción es sujeto de derecho, y es designado como persona, puede la voluntad del causante extenderse hacia él, no obstante solo estar concebido. La muerte del titular de un patrimonio, lo coloca, a pesar que ya no existe en una situación jurídica parecida a la de uno de los sujetos de una relación jurídica en relación con el cambio de dueño de ese patrimonio.

3.9.2 La Muerte Presunta

La muerte presunta es aquella ausencia de una persona del lugar de su domicilio o residencia en la Republica, haya o no dejado representantes, sin que de esta se tenga noticia.¹⁰⁶

Según nuestra legislación Civil es la declarada por el juez, en conformidad con las reglas legales, respecto de un individuo que ha desaparecido y de quien se ignora si vive o no, también puede llamarse “presunción de muerte por desaparecimiento”.

El objeto de la muerte presunta es resguardar diversos intereses, como el interés de la persona que ha desaparecido; el interés de los terceros, principalmente el de aquellos que tengan derechos eventuales en la sucesión del desaparecido, y el interés general de la sociedad de que no hayan bienes y derechos abandonados, pues como lo mencionamos el patrimonio del causante reviste importancia para el Estado, y es por ello que se requiere la seguridad de éste.

¹⁰⁶ Ravinovich Berckman, Ricardo D., Op. Cit. Pág. 543.

Y es a partir del artículo 79 del Código Civil, que se desarrolla el apartado de la presunción de muerte por desaparecimiento, en el cual se establecen como requisitos que ha quien se pretende declarar muerto:

- ❖ Que se encuentre desaparecido.
- ❖ Que se ignore si esta vivo.

Así mismo, el artículo 80 C.C., nos establece el procedimiento a seguir, y entre sus requisitos señala, que quien la solicite deba tener un interés en que dicha persona sea declarada como tal, que se solicite ante un Juez de Primera Instancia del último domicilio del desaparecido, pero esto deberá ser en la circunscripción nacional y ante este se debe argumentar que se ignora el paradero del desaparecido y que a su vez ya han pasado 4 años desde las últimas noticias de su existencia.

3.9.3 Periodos del Desaparecimiento

El Principal objeto de la declaración de muerte presunta *“es definir la suerte de los bienes que constituían el patrimonio dejado por el desaparecido o que pudiera corresponderle en las sucesiones abiertas durante su ausencia”*.¹⁰⁷ Desde este punto de vista el desaparecimiento se divide en tres periodos:

- ✓ El de mera ausencia, al fin del cual se expide la declaración de presunción de muerte;
- ✓ El de la posesión provisoria de los bienes del desaparecido, y
- ✓ El de la posesión definitiva de los bienes.

¹⁰⁷ Somarriva Undurraga, Manuel, Op. Cit. Pág. 175.

Al presunto desaparecido se le cita por tres veces en el Diario Oficial y se corren 4 meses entre cada dos citaciones; el Juez deberá nombrar un defensor, al cual se le impone la obligación de expresar si esta de acuerdo con la actividad probatoria ò si a juicio de este se requiere otras a seguir; esto es así, en vista de los adelantos científicos que van surgiendo día con día; luego de concluida la actividad probatoria se esperan 4 meses, para poder rendir la declaratoria de posesión provisoria y fijara el día presuntivo de muerte; luego de la Sentencia definitiva se publica en 3 números consecutivos en el diario oficial.

Luego el artículo 81 C.C., establece 3 supuestos para que el Juez conceda la posesión definitiva, siendo **el primero:** que el desaparecido ya tenga 80 años de edad y que se cumpla con el plazo de 4 años que exige el Art. 80 No. 1 C.C.; el segundo, que el presunto desaparecido posea 20 años de estar en tal calidad y que los interesados se esperen tal tiempo y el tercero, que se podría considerar la vía normal, en el sentido que el ò los interesados, cumplan 15 años de poseer la posesión provisoria.

El artículo 83 C.C., nos establece que con la posesión provisoria se disuelve el vínculo matrimonial, aquí entramos en el área de los derechos extra-patrimoniales, y el cónyuge sobreviviente se encontraría en la posibilidad de volver a contraer nupcias; y los derechos patrimoniales, que se conforma por todos los bienes dejados por el desaparecido, y es así que da la pauta para proceder a la apertura y posterior publicación del testamento, en el supuesto que el ahora declarado desaparecido haya otorgado alguno.

3.9.4 Periodo Pleno y Definitivo

Este periodo es aquel donde los herederos no pueden disponer de la totalidad de los bienes dejados por el desaparecido, a este periodo doctrinariamente se le conoce como “prenotación” ò de “dominio restringido” en el cual de conformidad con el artículo 85 C.C., se debe de realizar un inventario solemne del total de los bienes dejados por el desaparecido, luego el mismo se revisa y por ultimo se rectifica.

En cuanto a los bienes muebles, estos se pueden vender de forma total o parcial, siempre y cuando de su consentimiento el Juez, pero previo a acceder o denegar debe oír al defensor, pero en el caso de los inmuebles, sobre estos no puede caer ningún derecho real tal como seria la hipoteca, es decir, aquí se limita al heredero hasta que posea la posesión definitiva, es decir en el periodo de la prenotación, a no ser que se presente alguna circunstancia que modifique tal situación o que esta se vuelva de utilidad evidente, esta debe ser declarada por el Juez con conocimiento de causa y se le corre traslado al defensor, y si esta fuera otorgada deberá de venderse en publica subasta.

De la simple lectura del artículo 81 C.C., se entiende que el periodo entre la posesión provisoria a la definitiva es de 15 años en forma normal y regular.

CAPITULO IV

IV. EL NASCITURUS COMO SUJETO DE DERECHOS, ASPECTOS DOCTRINARIOS Y JURIDICOS

4.1 Antecedentes Históricos

No existe problemática más antigua y esencial a la especie humana como la vinculada con nuestra descendencia biológica, dentro de las etapas del desarrollo de los nuevos miembros de la especie, desde épocas tan remotas, los humanos hemos dado especial importancia a la gestación. El enorme valor biológico de cada preñez exigió establecer desde tiempos primitivos y en casi todas las culturas, instituciones que le brindaban protección y ayuda a las mujeres embarazadas del grupo.

La exigencia de viabilidad o de independencia funcional fueron accesorios que han variado en tiempo y espacio. Pero hubiera sido extraño que el hombre primitivo asignase en principio individualidad jurídica a un ente que nadie podía ver y que según toda evidencia integraba el cuerpo de su madre como otro órgano más.

“La catalogación del no nacido como víscera materna no importaba una atribución de potestad a la madre, ni un derecho de deshacerse de él, por el contrario la mujer embarazada era menos dueña de su vientre, pues había un interés colectivo en el feliz término de la gestación que la hacía objeto de cuidados especiales y de la protección del grupo”.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Rabinovich-Berkman, Ricardo D., Op. Cit., Pág. 189.

“En el derecho romano, según las distintas épocas, según las diferentes tendencias políticas, sociales y religiosas, fueron muchas las incapacidades absolutas para suceder y escasas las relativas. Entre las primeras, por ejemplo no podían suceder los esclavos, los peregrinos, las personas jurídicas, salvo ciertas excepciones establecidas a favor de iglesias y municipios, los herejes, los apóstatas y las comunidades de judíos en la Roma cristiana, los reos de alta traición y sus hijos, consagrada en la Constitución de Arcadio y Honorio, la viuda que se casaba antes del año de luto, los solteros y casados sin hijos, durante las leyes caducarias “Julia” y “Papia Popea”, las *incertae personae* y los *nacituri*”.¹⁰⁹

“A nadie debe de asombrar que los antiguos Romanos como otros pueblos con conocimientos semejantes, considerasen que el objeto a proteger era el vientre de la mujer. La experiencia les demostraba que, si este era cuidado, tras un ciclo de varios meses, por alguna razón, fuera cual fuese, de su seno emergía un humano nuevo, que perpetuaría el grupo. Se consideraba que el comienzo de la individualidad del humano, se daba según la evidencia del nacimiento. Con o sin personalidad, se buscaron los medios para que el no nacido gozara de los beneficios que le correspondían al nacido, es decir que para ellos el *nasciturus* era prácticamente lo mismo que el ya nacido”.¹¹⁰

“Existió una directa relación entre la necesidad de los romanos de tener un descendiente biológico varón y la consideración del no nacido como sujeto de derechos, como persona actual y su consecuente protección, es decir que si alguien moría pero

¹⁰⁹ Sastre Muncunill, Luis Roca, Op. Cit., Pág. 385.

¹¹⁰ Rabinovich-Berkman, Ricardo D., Op. Cit. Pág. 190.

dejaba a su mujer embarazada, el hijo se consideraba que ya estaba vivo y que era sujeto de derechos, ha de entenderse que ya existía al tiempo de la muerte de su padre quien fue dejado en el útero, el no nacido es considerado como un superviviente y no hay expresión mejor que el nasciturus, era un ente vivo que quedaba tras la muerte y se constituía en el máspreciado de los restos funerarios de su padre”.¹¹¹

Para los romanos, el aspecto material de la herencia era solo un complemento del culto a los ancestros. El hombre creía que el hogar sagrado pasaba del padre al hijo, en virtud de la ley religiosa; en donde ha resultado que la casa es un bien hereditario.

“En el Derecho Medieval se consideraba quien esta en el útero ha de ser protegido tal como si estuviera entre los seres humanos, siempre que sea buscada la convivencia del feto mismo, aunque de ningún modo puede beneficiar a otros antes que nazca. Ya no se trata solo de la capacidad de suceder al padre ya muerto, sino de recibir cuidados, por considerársele cosa humana, para todas aquellas situaciones que hagan a su convivencia o comodidad. Aparece también la necesidad de que el feto nazca, para que tales adquisiciones se consoliden (puedan ser transmitidas o aprovechen a terceros)”.¹¹²

Dado que al no nacido debía verificarse una protección inmediata, actual, equivalente a la que merece cualquier humano ya nacido, pero al mismo tiempo, dado que ese amparo se brindaba considerándolo un sujeto de derechos, y que tal situación le irrogaría la posibilidad de recibir validamente otros beneficios (legados, donaciones, herencias). La supeditación de la adquisición y transmisión de derechos al nacimiento

¹¹¹ Sastre Muncunill, Luis Roca. Op. Cit. Pag. 386.

¹¹² Rabinovich-Berkman, Ricardo D., Op. Cit. Pág. 191.

con vida, aparece otro aspecto los que nacen muertos no son vistos como nacidos ni como procreados, pues nunca pudieron ser llamados “hijos”.

“En los Textos Justinianos se rechaza la tesis de la ficción y se adhiere a la creencia de una comparación entre concebido y nacido, el criterio de la personalidad aparece con el nacimiento”.¹¹³

“En la Baja Edad Media con el Derecho Común se busca proteger los derechos del concebido que mientras estuviese la criatura en el vientre de su madre toda cosa que se diga o haga no debe de perjudicarla”.¹¹⁴

“Las Leyes de Toro de 1505, fueron de gran trascendencia temporal, prescribían que un niño, se diga que naturalmente es nacido, y que no es abortivo, cuando nació vivo, agregando como requisito que subsistiera 24 horas y el bautismo antes de la muerte”.¹¹⁵

“En el Derecho Español queda claro que el no nacido ya es una criatura que posee su persona (ser) y sus cosas y no es parte del vientre de las madre ni una porción de éste, solo se esta en él transitoriamente”.¹¹⁶

Se pasa tras una evolución de dos milenios, de la protección general de vientres gestantes en beneficio del grupo o los padres, a la individual de cada nasciturus en pro de si mismo.

“El Código de Napoleón expresa que el niño concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido y que para ser capaz de recibir entre vivos, basta con estar

¹¹³ Ibidem. Pág. 193.

¹¹⁴ Ibidem .Pág. 193.

¹¹⁵ Ibidem. Pág. 194.

¹¹⁶ Ibidem. Pág. 194.

concebido al momento de la donación, aparece así mismo la advertencia para el caso de aborto, que en Francia abarca la falta de viabilidad y aclara que no obstante la donación o el testamento no tendrán sus efectos sino cuando el niño haya nacido viable y declara incapaz al niño que no ha nacido viable, y lo más importante es que dispone que para suceder es necesario existir en el instante de la apertura de la sucesión, de donde se deduce que el no nacido ya existe, desde que esta concebido y por tanto puede heredar”.¹¹⁷

“El Derecho Inglés transfirió sus criterios al Norteamericano, donde potenciados por la fuerza local del feminismo, contribuyeron a fundar el famoso caso “Roe c/Wade”, el no nacido no es persona y carece por tanto del derecho de vivir pero la Corte Suprema delinea la presencia de un interés público en su supervivencia, que aparece en el tercer mes de su fecundación y se consolida completamente en el sexto mes”.¹¹⁸

“Entre los primeros Códigos Americanos se destacó el de Chile de 1855 que establecía con claridad la existencia legal de que toda persona principia al nacer, esto es al separarse completamente de su madre, pero también establece la protección de la vida del que esta por nacer de donde se deduce la potestad judicial de tomar medidas para proteger la existencia del no nacido y la obligación de diferir castigo a la madre si pusiera en peligro la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno. El nasciturus no es una porción del vientre de la madre, pues posee vida o existencia y salud y su amparo es desde afuera pues lo brinda la ley, pero los derechos le quedan suspendidos hasta el

¹¹⁷ Ibidem. Pág. 195.

¹¹⁸ Ibidem. Pág. 195.

nacimiento”.¹¹⁹ Los derechos no existenciales quedan supeditados al nacimiento con vida por la comunidad que se establece como condición de la entrada en el goce de ellos.

Para desarrollar los antecedentes en nuestro país, es necesario primero señalar el origen de nuestra legislación en materia civil. Nuestra legislación es una copia del código civil chileno, quien a su vez del código civil francés, de Napoleón Bonaparte, este se vio enormemente influenciado por el derecho romano, en el cual se sostenían dos teorías acerca del origen de existencia de la persona humana, la primera la de la **vitalidad**, que en simples palabras, exige que para que a alguien se le considere persona, este debía de nacer vivo; y la de la **viabilidad**, que nos dice que debía de nacer vivo y sobrevivir de forma independiente al nacimiento.

Nuestro código civil de 1860, retoma ambas teorías, ya que de la lectura del art. 72 C.C., se deduce que la existencia legal de la persona principia al nacer...adoptando así la teoría de la vitalidad, y luego en el inciso segundo dice, la criatura que muere...o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera...,acogiendo la teoría de la viabilidad, así que podemos decir que en nuestro país, la legislación civil ha creado una teoría ecléctica en cuanto a las teorías de la existencia de la persona humana, ya que retoma lo primordial de ambas teorías. Es así que nuestra legislación desde antiguo, ha reconocido la protección de la vida del que está por nacer, facultando a los Jueces tomar todas las providencias que les parezcan convenientes para tal fin, así como lo establece el

¹¹⁹ Sastre Muncunill, Luis Roca. Op. Cit. Pag. 391.

artículo 73 C.C., sin embargo, esa protección si bien esta limitada al derecho esencial de la vida, no lo ha sido respecto a la protección integral de los otros derechos.

Partiendo, de lo establecido en el código civil, el concebido y el no nacido no se les consideraba como persona, y en consecuencia difícilmente se le podía otorgar una asignación testamentaria a su favor, salvo que fuera bajo la forma de las asignaciones condicionales, reguladas en el Art. 1052 el cual nos remite al 1344 del mismo código, es decir, se podía dejar bienes a las personas antes expresadas pero con la condicionante que esta nazca, caso contrario se declararía nula esa asignación, y por ende no produciría los efectos con la cual la otorgo el testador, en vista que esa persona legalmente jamás tuvo existencia, y como toda asignación debe recaer en persona cierta y determinada, al tenor de lo que establece el artículo 1039 C.C., en ese caso podría operar el acrecimiento pero solo en los casos en que el bien u objeto dejado este destinado a dos o más asignatarios (Art. 1123 a.C.), entre ellos el concebido o el no nacido, en ese caso si operaria el acrecimiento, caso contrario que este lo prohíba expresamente (Art. 1132 a.C.), o si no esa asignación se iría abintestato, y entrarían a suceder todas las personas que según el artículo 988 a.C., tengan vocación sucesoria.

Antes de la reforma constitucional de mil novecientos noventa y nueve la Constitución no regulaba la protección de los derechos del que esta por nacer, como un reconocimiento al valor superior que constituye la vida humana, es así que la reforma constitucional modifico por completo el ordenamiento jurídico nacional, al reconocer la existencia legal de la persona humana a partir de su concepción, con lo cual

indefectiblemente ésta puede adquirir los derechos que a ella se refieran, sin que los mismos estén suspensos hasta que el nacimiento se efectúe, como señalaba la regla del artículo 75 Código Civil, hoy derogada tácitamente por la aplicación del mandato constitucional; en cuyo caso tendrá lugar la representación de las personas por nacer, por medio de sus padres.

“En este orden, la doctrina de la protección integral del niño actualmente se define en fortalecer el reconocimiento del resguardo de los derechos humanos, basándose en el principio de inviolabilidad y dignidad de la vida humana, que alcanza la especial importancia de la consagración del concebido como sujeto de derechos”.¹²⁰

4.2 Teorías sobre la Existencia Anterior al Nacimiento

Los debates acerca del principio de la existencia de la persona son múltiples y se hacen mucho más numerosos cuando se les añade una consideración legal; en su mayoría están de acuerdo en que existe diferencia entre la existencia biológica y la legal y en muchos casos, hay quienes sostienen que la concepción no es objeto ni justificación para la adquisición de derechos y menos aun de personalidad jurídica.

Cómo determinar el comienzo de la existencia legal en las personas naturales; las diferentes doctrinas coinciden en afirmar que el inicio de la personalidad del ser humano es al momento en que éste tiene una vida independiente.

¹²⁰ Kemermaje de Carlucci, Recomendaciones de la comisión N° 1 del congreso internacional de Derecho de Familia, Tomo III, Italia, 1996, Pág. 295.

Ahora bien, estos criterios no están unidos a la hora de determinar cuándo una persona adquiere esa vida independiente. Es importante mencionar que cuando se hace referencia a la vida humana, se consideran dos facetas: el nacimiento y la muerte. La persona humana existe y produce sus efectos desde el mismo momento de la concepción, siempre y cuando el hijo nazca vivo y en algunas legislaciones se exige que nazca vivo y viable.

Las teorías que nos van a ayudar a dilucidar nuestro problema de investigación son las siguientes:

◆ **Teoría de la Concepción:**

“Esta teoría es sostenida en España y tiene su base en que la vida humana independiente comienza en el momento de la concepción, por lo que la personalidad jurídica del ser humano comienza desde el momento de la concepción.

La crítica más fuerte a esta teoría se basa en que existe gran dificultad para probar y determinar el momento de la concepción, y es esta una de las razones por la cual esta teoría no está consagrada en el derecho positivo”.¹²¹

◆ **Teorías del Nacimiento:**

“Estas teorías consideran que la personalidad jurídica del ser humano comienza desde el momento del nacimiento, por cuanto antes de éste no existe vida independiente.

Algunos de los seguidores de estas teorías han llegado inclusive a afirmar que el feto es una parte de la madre (parto mulieris). Esta presunción es totalmente falsa, debido a que biológicamente ha sido comprobado que el feto constituye un organismo que tiene

¹²¹ www.monografias.com/lapersona.natural.

una vida diferente al de la madre. Estas teorías han predominado desde los tiempos de Roma”¹²²

▪ **Teoría de la Vitalidad:**

“La tendencia moderna, es aceptar la doctrina de la vitalidad, pues se halla más de acuerdo con los actuales principios que atribuyen la personalidad al ser humano por el solo hecho de ser tal, sin consideración a la mayor o menor duración de su existencia o a cualquiera otra circunstancia”.¹²³

Sólo exige que el feto haya nacido vivo para reconocerle personalidad jurídica.

▪ **Teoría de la Viabilidad:**

“Esta teoría además de exigir que el feto nazca vivo, debe ser viable, es decir **apto o hábil para la vida o fuera del seno materno**, porque de lo contrario no constituiría una vida independiente”.¹²⁴

Esta teoría es criticada por la dificultad de determinar si un niño nacido vivo es viable o no y de probarlo después. Para tales efectos se estableció una presunción iuris tantum, es decir que el feto nacido vivo se considera viable, salvo que se probara lo contrario.

◆ **Teoría de la Figura Humana:**

“Sostiene que aunque el feto haya nacido vivo y viable, para otorgar personalidad jurídica se exige que el feto tenga figura humana, con lo cual se quería excluir a los monstruos y prodigios. Esta teoría no es acogida por nadie porque, como se sabe que es

¹²² Abelenda, Augusto César. Derecho Civil, Parte General, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1980, Pág. 226.

¹²³ Rodríguez, Arturo Alessandri y Otros, Op. Cit., Pág. 161.

¹²⁴ Ibídem. Pag.163.

la generación, más no la figura lo que va a determinar la condición humana del nacido”.¹²⁵

◆ **Teoría de la Postumidad:**

“Según este precepto, el nacimiento determina la personalidad, pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, y solo se reputa nacido el feto que tenga figura humana y viviere 24 horas enteramente desprendido del seno materno”.¹²⁶

Este precepto presupone que para que exista una persona y por tanto para que pueda ser titular de derechos o adquirirlos, es preciso que haya nacido, pues la ficción de considerar al concebido como nacido es un favor o concesión que excepcionalmente se hace al que solo tiene vida intrauterina.

◆ **Teoría Ecléctica del Derecho Común Europeo:**

“Esta teoría combina las teorías de la concepción y del nacimiento. De manera que, la personalidad jurídica comienza con el nacimiento del niño o niña, pero que se tendrá por nacido cuando se trate de su bien”.¹²⁷

◆ **Teoría de los derechos sin sujeto:**

“Esta teoría sostiene que puede existir un Derecho Subjetivo falto provisionalmente de titular y que el Derecho subsiste firme en espera de un titular futuro. Es decir sostiene la situación de un Derecho Subjetivo que se mantiene vivo debido a que esta reservado a una persona que es esperada en lo futuro. Solo son “posibles” Derechos

¹²⁵ www.monografias.com/lapersona natural.

¹²⁶ Ramón Domínguez Benavente, Op. Cit., Pág. 197.

¹²⁷ www.monografias.com/lapersona natural

Subjetivos; faltos provisionalmente, temporal o interinamente de sujeto, pues la razón de que conserve o continúe intacto el Derecho Subjetivo se debe precisamente a la esperanza o posibilidad de que el sujeto existirá”.¹²⁸

◆ **La Doctrina de Kelsen sobre persona**

Para Kelsen “persona” es un expediente técnico para designar el centro de imputación normativa de deberes y poderes jurídicos. De ahí que toda persona, tanto física como de existencia ideal, sea para esta concepción Kelseniana persona jurídica. Cuando se trata del individuo humano, su personalidad jurídica proviene según esta teoría, de la imputación normativa de deberes y prerrogativas, y del mismo modo, cuando se trata de una persona ideal, su personalidad jurídica resulta de la circunstancia de que la pluralidad de individuos humanos o intereses que forman su substrato, son considerados como un todo, como un solo centro de imputación de deberes y poderes jurídicos”.¹²⁹

◆ **La Tendencia Iusnaturalista o Espiritualista**

Parte de la idea de que el derecho inserto en el orden más vasto de la moral y que en consecuencia, no es un simple conjunto de normas creadas abstractamente por el legislador, que, investido de la fuerza, las impone como obligatorias, sino una disciplina al servicio de los hombres para el cumplimiento de sus fines. Por ello algunos iusnaturalistas, creyendo que de acuerdo a la concepción de Kelsen es posible que el orden jurídico desconozca validamente la condición de persona humana a algunos hombres, la rechazan y ponen de manifiesto que la calidad de persona no le viene al

¹²⁸ Roca Sastre, Ramón; Eficacia de los llamamientos sucesorios a favor de los nascituri; Revista de Derecho Privado tomo XXX, Numero 350; España, Mayo, 1946, Pág. 313.

¹²⁹ Abelenda, Augusto Cesar. Op.Cit. 197.

hombre del orden jurídico, sino de su condición misma de tal. Siendo así, cuando se trata de un sujeto de derecho que es un ser humano individual, el orden jurídico no habría hecho más que reconocerle una personalidad jurídica, que es preexistente a su reconocimiento.¹³⁰

El orden jurídico, para ser verdaderamente justo, debe reconocer, la calidad de persona a todo ser humano individual.

4.3 Principio de la Existencia del que esta por Nacer

“Las ciencias biomédicas en relación al nuevo ser engendrado, han reconocido varios estadios biológicos diferenciados; estos marcan etapas importantes desde que el óvulo y el espermatozoide se unen, hasta el nacimiento de la nueva criatura. Estas etapas o fases pueden sintetizarse en las siguientes: a) La fase de formación del precigoto, que es aquella que va desde la penetración del ovocito hasta la formación del cigoto de una sola célula; b) Etapa previa a la implantación del embrión, o etapa preimplantatoria, o del preembrión, que comprende la fase del desarrollo embriológico que se extiende desde que se ha producido la fecundación del óvulo, 14/16 días más tarde, cuando se forma la línea primitiva o cresta neuronal –esbozo del sistema nervioso-, coincidiendo con la implantación definitiva en el útero de la madre (incluye la evolución del cigoto de una sola célula y de dos células; morula; blastocito); c) Fase postimplantatoria o etapa del embrión propiamente dicho, llamado así desde la implantación o nidación del embrión en la mucosa uterina, hasta aproximadamente el tercer mes del comienzo de la última

¹³⁰ Ibidem Pag. 198.

menstruación de la mujer; es la fase de la organogénesis (origen de los órganos), puesto que a partir de la línea primitiva o cresta neuronal, comenzaran a desarrollarse los órganos corporales, al menos los más importantes, que continuaran su evolución, maduración en la fase fetal; d) Etapa fetal, o fase de formación del feto, que comprende el desarrollo del ser humano desde aproximadamente el tercer mes de gestación hasta el parto, caracterizándose por una maduración progresiva de los órganos, sistemas y funciones de los mismos.

A esta nueva criatura de la raza humana que va a nacer se le ha dado el nombre genérico de “nasciturus”, vocablo de origen latino, que deriva a su vez del latín “naceré”, denominación de nasciturus identifica “al que va a nacer” o “al por nacer”, esto es, al engendrado, no nacido aún.¹³¹

“Biológicamente, desde que se encuentran el óvulo y el espermatozoide, y se fusionan sus núcleos comienza a existir una nueva entidad que se diferencia del cuerpo materno. Tiene cualidades propias y singulares.

Desde la fecundación, este individuo de la especie humana tiene el potencial genético que, con un desarrollo adecuado y en un proceso ininterrumpido, lo llevará a expresarlo en sus diversas etapas biológicas y Psicológicas hasta su muerte. Ahora bien, este individuo, ¿es ya una persona?. Desde una perspectiva biológica, si nos apoyamos en su caudal genético que posee desde el momento de la fecundación (fusión nuclear de

¹³¹ Dolores Loyarte-Adriana E. Rotonda, Procreación Humana Artificial un Desafío Bioético, Edición de Palma, Buenos Aires, 1995, Pág. 189-190.

gametos o singamia), podemos afirmar que su A.D.N. determinará que sea un ser humano y no otra cosa”.¹³²

Este argumento bastaría por sí solo para sostener nuestra posición a favor de la protección integral del nasciturus desde el inicio de su vida, así como también el conjunto de prerrogativas a su favor.

Muchas y discordantes son las posiciones del pensamiento moderno que han querido ver en aquellas etapas biológicas una función decisiva a la hora de fundamentar la situación jurídica del “engendrado no nacido”. Algunas de ellas intentan apoyarse en las diferencias morfológicas que caracterizan los diferentes estadios del proceso evolutivo del “por nacer”, para dar por ello sentado que el hombre puede ser reputado tal después de cumplidas determinadas etapas de su desarrollo físico. El nudo de la discusión se centra en determinar que relevancia ética y jurídica podemos atribuir a dicha vida en su proceso secuencial. Los cromosomas de un individuo humano comienzan a caracterizarlo como tal desde que inicia la fusión nuclear de los pronúcleos del espermatozoide y del óvulo que le dieron origen.

Muchos expertos en la materia sostienen, que atribuir personalidad a un preembrión, esto es el óvulo fecundado pero que no se ha implantado en el útero de la madre, por el solo hecho de que tiene vida humana es un absurdo, para ellos el preembrión es un conglomerado de células, o un tejido celular específico, a lo que no pueden considerar ser humano, pues como todavía no se ha implantado en el útero materno y carece de la línea primitiva neuronal (la delineación de su sistema nervioso),

¹³² Ibidem, Pág. 206.

no es aún ser humano; sin embargo somos de la opinión, al igual que otro sector de expertos; que esas diferencias biológicas sustanciales a las que hacen alusión, constituyen una secuencia programada de cambios, que conforman el ciclo vital del organismo, esa conformación celular de un cigoto o preembión desarrollará esa potencialidad de ser un hombre. La nueva realidad humana, surgida de dos realidades distintas –el óvulo y espermatozoide- tiene una potencialidad propia y goza desde ese momento de individualidad aunque este en el vientre materno, ya no son dos células distintas, sino la unión de las mismas con características diferentes que ha dado lugar a un nuevo ser. Por ello, reconocer al sujeto de derecho desde una instancia de desarrollo tal o cual, dando preeminencia a la existencia de unos u otros signos vitales o de relación, implica desconocer estadios anteriores fundamentales en el devenir del individuo humano, sin los cuales no llegaría a los últimos. Concluyendo podemos decir, que el nasciturus debe ser reputado persona desde el inicio de su vida y un sujeto de derechos y obligaciones, con los alcances y limitaciones, debido a su incapacidad de hecho absoluta.

El texto del Art.1 inc. 2º Cn., establece “se reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción. Con este término el constitucionalista quiere dar a entender, la fecundación del óvulo femenino por el espermatozoide masculino en el seno materno, es decir el nasciturus; ello supone también garantizar todos aquellos derechos inherentes a la persona humana, entre ellos el gozar de un patrimonio.

Puesto que la concepción ocurre de manera oculta, ¿cómo podemos determinar el momento exacto de la misma?. La ley establece un plazo dentro del que se presume la

concepción. Este plazo se deriva de establecer un máximo y un mínimo del embarazo. De acuerdo al Art. 74 CC. “De la época del nacimiento se colige la de la concepción”, es decir que se parte de un hecho cierto, el nacimiento, a un hecho incierto, el de la concepción. Según la regla de este artículo, se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales (plazo mínimo), y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento (plazo máximo). Es decir que producido el nacimiento se cuenta hacia el pasado trescientos y ciento ochenta días (máximos y mínimos). Durante los ciento veinte días restantes debió producirse la concepción que el Código Civil presume.

4.4 Diferencias Doctrinarias entre Nasciturus y Concepturus

Consideramos necesario hacer una pausa para mencionar en qué consisten los términos de *Nasciturus* y *Concepturus*, así como las marcadas diferencia entre ambos.

El término *concepturus o nondum conceptus*, es una designación técnica generalmente aceptada con la que se expresa la idea de la posibilidad del nacimiento de una persona que no está concebida en el momento de la creación de un acto jurídico.¹³³

El *nondum concepturus* no puede ser persona, porque persona no hay, por lo menos hasta que el ser ha sido concebido y si no hay persona no hay tampoco personalidad, lo que constituye la esencia de la misma. El *concepturus* es una indebida extensión de la idea del *nasciturus*. Del *Nasciturus* podemos asegurar que es fisiológica y jurídicamente, un ser; por el hecho de estar ya concebido, de él únicamente se espera su nacimiento; el *Concepturus* no lo es, antológicamente. En el *concepturus*, laten

¹³³ Revista de Derecho Privado, Atribuciones Patrimoniales a favor del *Concepturus*, 1953, Pág. 95.

elementos de la condición. Hay un hecho futuro e incierto, es una posibilidad, por el hecho de no estar concebido.

4.5 El Nacimiento y su Importancia

En cuanto al nacimiento podemos decir, que cumple un rol considerable en dos aspectos jurídicos. Por un lado, consolida los derechos que el por nacer hubiera adquirido durante la gestación. El recién nacido entra en el goce de tales derechos como si hubiese existido al tiempo de su otorgamiento. Así como también se hace definitiva la personalidad del nasciturus, a quién ya no puede discutirse la condición de persona. Pero además y en segundo lugar, es el hecho jurídico a partir del cual se puede hacer la cuenta regresiva del plazo máximo y mínimo, que permiten la filiación y el comienzo de la existencia legal de la persona Art. 72 C.C.

Nacer significa: “aparecer y entrar en la vida visible. Es brotar hacia el exterior. No implica sólo salir del vientre materno, sino comenzar a vivir por cuenta propia, es decir cuando es cortado su cordón umbilical y empieza a funcionar todo su maravilloso sistema respiratorio el que oxigenará su sangre”.¹³⁴

4.6 Derechos, Obligaciones y Representación

Tal como lo hemos venido mencionando, desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos; como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre; al respecto el Art. 75 C.C. establece

¹³⁴ Santos Cifuentes, Op. Cit., Pág. 99-100.

que tales derechos estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Una vez efectuado el nacimiento, el recién nacido entrará en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. Si estos seres pueden adquirir algunos derechos es innegable que son personas. La nada no se puede representar y ellos pueden ser representados por que existen y adquieren derechos. No son personas futuras, como algunos doctrinarios sostienen, pues ya existen en el vientre materno.

Ciertas vacilaciones produce el Art. 72 inciso 2º, al regular que “la persona por nacer muriese antes de estar completamente separada del seno materno, será como si nunca hubiere existido. Esto importa colocarla en una especie de condición resolutoria, según la cual se admite que es persona pero supeditada al acontecimiento futuro e incierto del nacimiento con vida, pues por un lado se le da personalidad al concebido, y por el otro se sostiene que este tiene vida pero no individualidad y por ello no es persona. La solución que plantea nuestro Código Civil en el conjunto de sus normas no es muy firme. Una solución más coherente sería la que sostuviera que es persona el concebido y que si muere antes de nacer quedan sin efecto los derechos y bienes que en ese tiempo adquirió, sin borrar al mismo tiempo su personalidad, que tuvo una vida real en el seno de la madre.

Nuestra legislación no contempla de manera precisa los derechos que pueden adquirir los nasciturus; el Art. 75 CC. dice únicamente “ Los derechos que se referirían a la criatura que está en el vientre materno...” sin embargo podemos sostener que los derechos por donación y herencia, legado, etc. se encuentran comprendidos dentro de esos derechos que regula el art. Y que por lo tanto las personas por nacer son capaces de

adquirirlos, así como también el estado filiatorio, y otros que surgen de la ley, tales como: ser beneficiario de un seguro de vida y acreedor de la correspondiente indemnización; pensiones que fueron del padre y se le transmiten al morir éste, etc.

Acerca de la *obligaciones*, una primera teoría sostiene que sólo puede contraer las accesorias a derechos de los cuales es titular. Otra, más amplia, establece que dependen del normal ejercicio de la representación. Ante su incapacidad de hecho absoluta, el representante actúa dentro de los límites de sus atribuciones y puede obligar al por nacer aunque la obligación no sea derivación accesorias de un derecho. Desde nuestro punto de vista, podemos afirmar que esta teoría es la correcta, pues al ser reconocido como persona, la voluntad del representante actúa en su nombre y puede obligarlo por actos de administración y de disposición permitidos y autorizados.

Los nasciturus no pueden ejercer por sí ninguno de los derechos de los cuales es titular. Tiene una total imposibilidad material de obrar. Con base en el artículo 484 C.C. Los bienes que han de corresponder al hijo póstumo, si nace vivo, y en el tiempo debido, estarán a cargo de la madre o en su caso, a cargo del curador que haya sido designado a este efecto por el testamento del padre, o de un curador nombrado por el Juez, a pedimento de cualquiera de las personas que han de suceder en dichos bienes, si no sucede en ellos el hijo póstumo. La persona designada por el testamento del padre para la tutela del hijo, se presumirá designada asimismo para la curaduría de los derechos eventuales de este hijo, si mientras él está en el vientre materno fallece el padre, así lo establece el artículo 485 CC.

El artículo 223 del Código de Familia, establece que el padre y la madre, que ejercieren la autoridad parental, representarán a sus hijos menores o incapaces y en cuanto a la administración de los bienes que "eventualmente pertenecerán al hijo que está por nacer", señala el artículo 238 del mismo cuerpo legal que corresponderá a los padres o la madre en su caso; *“se deduce del artículo que la madre puede encontrarse en dos situaciones: la primera que sea una madre soltera y la segunda que sea viuda”*; y con las mismas facultades y restricciones que impone el Código respecto a los hijos nacidos. Así mismo el Art. 227 del mismo cuerpo legal, hace alusión a los bienes que los padres no pueden administrar. Hay que hacer notar que esta prohibición se da cuando el donante o el testador así lo hubiere dispuesto, es decir cuando en virtud de un testamento se establezca la prohibición de que sean los padres los que administren los bienes, y en su defecto lo haga la persona por él designada. Al no haberlo establecido el testador, puede la madre ejercer la administración de tales bienes. En última ratio puede designarlo el juez. Podemos concluir entonces, que son los padres a quienes les corresponde la representación del nasciturus, así como también la administración de los bienes dejados por el causante, como de las donaciones hechas a su favor las cuales deberán ser aceptadas por las personas que legítimamente los representan si se hubiese verificado ya su nacimiento, lo cual concuerda con aquel principio de que el concebido se estima nacido en lo que le beneficie, y movida por la necesidad de dar forma y consistencia jurídica al deseo del testador que quiere otorgar disposiciones a favor de esa persona que al tiempo de morir puede no haber nacido

4.7 Eficacia de los Llamamientos Sucesorios

Ya en otra oportunidad, (capítulo uno y dos) dijimos que los requisitos para suceder a una persona son del orden subjetivo y de carácter objetivo. Dentro de los requisitos subjetivos se encuentran ser persona cierta y determinada. Dice el Art.1039 C.C. “que todo asignatario deberá ser persona cierta y determinada, natural o jurídica”.

En cuanto al concepto de certidumbre, el Código insiste en el artículo 963 C.C., según el cual el asignatario para ser capaz debe existir natural o jurídicamente al tiempo de deferírsele la asignación. En consecuencia la primera incapacidad para suceder es no tener existencia al tiempo de abrirse la sucesión, y se justifica ampliamente, pues en nuestro Código quien no tiene existencia no es persona, y quien no es persona no puede ser titular de derechos. Sin embargo, para suceder de acuerdo al art. 75 CC. no es necesario existir legalmente; basta con la natural, es decir, que es suficiente con que la criatura esté concebida para que tenga la capacidad de suceder. En cuanto a esto último conviene abstenerse de ver aquí un supuesto de incapacidad sucesoria ni aún a título de persona incierta.

La necesidad de que el heredero exista *in rerum natura* al morir su causante no implica problema alguno de capacidad sucesoria, como se pudiera sostener. Para algunos autores, “la inexistencia de quien es llamado a una sucesión al abrirse ésta, no provoca simple incapacidad sucesoria, sino algo más importante o completamente distinto. Para que una persona pueda calificarse de capaz o de incapaz es preciso antes que exista; la incapacidad, como la capacidad, presupone la existencia del sujeto en cuestión, y aseguran que en la transmisión mortis causa es requisito fundamental que exista el

llamado a recoger los frutos. No puede recibirlos quien no sea sujeto de derecho, pues el causante, en el momento de fallecer, necesita encontrar a quién traspasar su patrimonio. Para ellos el asunto atañe, a la existencia y no a la capacidad”.¹³⁵ “Los romanistas situaban el caso de los nascituri dentro del supuesto de incapacidad sucesoria de las *personae incertae*”.¹³⁶

Sobre este punto se ha formulado una teoría: “**La de los derechos sin sujeto.** Esta tesis no admite la posibilidad de un derecho sin sujeto. Existe una posición intermedia que acepta la figura del derecho subjetivo falto provisionalmente de titular y que subsiste firme en espera de un titular futuro. Esta teoría de los derechos sin sujeto, en el sentido de estado provisorio, ha merecido la aceptación de gran parte de la doctrina.

Sin embargo, hay autores que quieren abstenerse de afirmar que en tal período exista verdaderamente un derecho subjetivo”. Ahora bien nuestro Código no exige directamente que el causahabiente viva ya al morir el causante, esto lo inferimos del art. 75 C.C. mencionado anteriormente, aunque el nacimiento es de suma importancia para determinar su personalidad en sentido legal.

Pareciera ser que el no nacido carece de capacidad para suceder. Pero frente a este argumento formal, cabe alegar que el no nacido es ya una realidad pensable e identificable en su tiempo, y pueden, desde ahora estar representadas y protegidas. En nuestra opinión, cualquier solución del problema ha de partir de la aspiración que tiene un sentido práctico, pues evita la vacancia de los bienes durante un periodo prolongado.

¹³⁵ Roca Sastre, Ramón, Op. Cit., Pág. 318.

¹³⁶ Ibidem, Pág. 319.

Ahora bien, como lo que quiere la ley es que no queden los bienes sin titular actual, en cuanto se satisfaga esa exigencia aun la doctrina más conservadora considera posible la institución del no nacido.

4.7 Excepciones y Modalidades de Aplicación de la Regla Impeditiva de las Adquisiciones Hereditarias de los Nasciturus

Al referirnos a la eficacia de las asignaciones testamentarias mencionamos el artículo 963 del Código Civil y la incapacidad que pareciera regular es la existencia de la persona al tiempo de abrirse la sucesión, es decir el día de la muerte del causante. Pero llegamos a la conclusión que no es menester la existencia civil, basta la natural pues si bien el Código no ha dicho nada al tratar la capacidad para suceder; es fácil afirmar que bastará, para ser sucesor con que la criatura este concebida y que su nacimiento llegue a producirse.

Para determinar la existencia de la persona se aplica la regla del artículo 74 del Código Civil anteriormente explicada, esta presunción de la concepción es plenamente aplicable en materia sucesoral; así el artículo 957 del mismo cuerpo legal dispone que la herencia o legado se defiere al heredero o legatario en el momento de fallecer la persona, habrá que concluir que la apertura de la sucesión y la delación de una asignación tienen lugar, en principio, en un mismo momento, al fallecer la persona de cuya sucesión se trata, es en ese momento que se debe existir y es lo que se denomina delación inmediata.

La ineficacia de los llamamientos sucesorios a favor de personas aun no nacidas al tiempo de morir el causante, esta es la regla general; pero como en toda regla o principio, esta sienta su base tan solo en un principio general, el cual puede llegar a tener

sus excepciones especiales de aplicación, al examinarla nos permitirá precisar el verdadero alcance del principio.

La regla del artículo 963 del C.C., es exacta tratándose de la sucesión intestada, pero en lo referente a la sucesión testamentaria, el principio sufre algunas excepciones, que se traducen en la autorización que da la Ley para que en ciertos casos el concebido al tiempo de abrirse la sucesión pueda recoger cierta asignación, o en la prohibición impuesta a la persona que existe en ese tiempo de recoger la asignación que se le deja mientras no cumpla una condición determinada. En la sucesión testada se pretende respetar en la forma más exacta posible la voluntad manifestada por el causante en su testamento, siempre que esta sea clara y precisa.

Las excepciones a que da lugar la sucesión testamentaria son:

✓ **La que regula el artículo 963 inciso 3° del C.C., si la herencia se deja bajo condición suspensiva, será también preciso existir al momento de cumplirse la condición.**

Lo que la Ley exige es que se exista, no solo a la fecha de la apertura de la sucesión, sino que también a la del cumplimiento de la condición suspensiva bajo la cual el causante ha dispuesto la respectiva asignación, mientras la condición no se cumpla, el asignatario no tiene ningún derecho, sino el de solicitar la providencias conservativas que el caso requiera, y por ese motivo si el asignatario fallece antes de cumplirse la condición, no transmitirá ningún derecho a sus herederos.

En la sucesión testada ocurre algo muy distinto a lo que acontece en las obligaciones entre vivos contraídas bajo condición suspensiva, puesto que conforme al

artículo 1363 del C.C., el derecho del acreedor que fallece en el intervalo entre el contrato condicional y el cumplimiento de la condición, transmite a sus herederos, y lo mismo sucede con la obligación del deudor; pero esta regla no es aplicable a las asignaciones testamentarias.

En este caso la asignación no se difiere sino hasta el cumplimiento de la condición, la apertura de la sucesión se ha producido en todo caso con la muerte del causante, esto es lo que se denomina delación diferida o suspensiva, porque queda en suspenso y no tiene lugar sino hasta que la condición se cumpla y es en este momento cuando debe estimarse realizado el llamamiento, así lo regula el artículo 1350 del Código Civil.

Por Delación debemos de entender: El actual llamamiento que hace la Ley a aceptar o repudiar una asignación.

Generalmente ambos momentos, el de la muerte del causante y el de la correspondiente delación sucesoria, coinciden y de ahí la tendencia a confundirse; pero no siempre ocurre así, pues existen casos en los que la delación se produce en un tiempo posterior.

Cuando la delación es simultánea con la muerte del causante, tenemos una *delación inmediata*; pero cuando tiene lugar mas tarde, hay una *delación retardada*.

✓ En los supuestos de la **Delación Retardada:** Cuando se dice que aquel principio exige que el heredero exista o que al menos este concebido al tiempo de fallecer el causante, se incurre en una imprecisión, pues, no es este momento, sino el de la delación sucesoria en el que el heredero debe existir.

La delación retardada puede manifestarse de tres formas: a) Diferida, b) Sucesiva o c) Reproducida.

➤ **La Delación Diferida:** Tiene lugar en la sucesión testamentaria, cuando el llamamiento o institución de heredero se otorga bajo condición suspensiva. En este caso la delación queda en suspenso y no tiene lugar hasta que la condición se cumpla, en cuyo momento es cuando debe estimarse efectuado el llamamiento.

De acuerdo con esta modalidad los llamamientos sucesorios a favor de los nascituri son eficaces, si al tiempo de cumplirse la condición hubieran nacido, aunque no lo estuvieren al tiempo de morir el causante.

Existe una pugna en materia de sucesión testamentaria, mediante hacer del nacimiento del Nasciturus el supuesto de hecho de una condición impuesta a la institución hereditaria a favor del mismo. En muchas legislaciones como la francesa, contrarían a la posibilidad de eludir dicho principio general por la inserción de dicha condición en un legado, pero existe otro criterio como en la Legislación austriaca, que no solo permite los llamamientos sucesorios a favor del nascituri bajo condición de que lleguen a existir, sino que la simple institución de ellos se reputa como otorgada bajo una condición.

Nosotros creemos que es bastante defendible la tesis favorable a la posibilidad de dicha condición suspensiva, pues nada impide que el nacimiento de un Nasciturus pueda formar el contenido de una condición suspensiva, y que al darse la delación ya exista la persona del llamado a heredar. Se puede decir que dentro de la libertad testamentaria dominante el testador puede emplear con eficacia dicha condición.

Hay que tener en cuenta que nuestro Código Civil, admite la institución de heredero bajo condición suspensiva, sin limitar el tiempo de duración del estado de pendencia y atribuyendo con libertad en la elección de los hechos que deben formar el contenido de las condiciones.

➤ **La Delación Sucesiva:** Esta tiene mayor presencia en la sucesión intestada, en los casos del artículo 988 del C.C., pues una vez abierta la sucesión intestada, la Ley llama a los parientes que en ese entonces existan (al momento de la delación), y que en el cuadro de herederos intestados estén situados en un lugar preferente; pero puede suceder que el primer llamamiento resulte inútil, porque las personas comprendidas en él, no puedan o no quieran ser herederos, ante este hecho la Ley hace un nuevo llamamiento a favor de parientes de los grados sucesorios inmediatos, y así sucesivamente, agotando un orden se procede a los ordenes siguientes, hasta llegar al último.

Caso de producirse estas sucesivas delaciones hereditarias, cuyo fundamento sería que el patrimonio relictivo debe de ir a parar en alguien, cuando no al Estado; pueden entrar a suceder las personas que al tiempo de morir el causante existan, o al menos estén concebidas, aunque no hubieren nacido, en el momento de la anterior delación inoperante.

Esta delación tiene lugar también, en la sucesión testamentaria pues con la sustitución vulgar se produce un fenómeno análogo al de la sucesión intestada, cuando el primer llamamiento de un heredero resulta ineficaz por repudiación o indignidad.

➤ **La Delación Reproducida:** “Esta clase de delación se da en la sustituciones fideicomisarias condicionales, así como en las *instituciones hereditarias post mortem* y en cierto modo en las reservas tanto lineales como clásicas”.¹³⁷

“En cuanto a las sustituciones fideicomisarias condicionales, no cabe duda que puedan ser llamados eficazmente a la herencia, a título de fideicomisarios, quienes al tiempo de la muerte del testador no hubieren nacido, con tal de que estén concebidos al tiempo de tener lugar la sustitución fideicomisaria, o sea cuando, por eliminación del fiduciario, les sea deferido el fideicomiso”.¹³⁸

Esto ocurre así no solo por la simple razón de tratarse de un fideicomiso, sino porque aquí entra en juego la mecánica del llamamiento sucesorio sujeto a condición suspensiva, que en capítulos anteriores se explico, o por virtud de los efectos de la condición resolutoria afectante a la persona del fideicomisario.

En este caso hay una diferencia que mientras en la delación sucesiva se trata de una institución directa de heredero, en cambio en este otro acto hay un llamamiento en segundo o posterior lugar, pues antes es heredero el fiduciario.

En cuanto a las *instituciones hereditarias post mortem*, hay que destacar a la doctrina romana, gracias a la cual pueden llegar a tener eficacia los llamamientos sucesorios a favor de personas que no habían nacido al tiempo de morir el causante, siempre que su nacimiento o concepción haya tenido lugar al fallecer la persona primeramente llamada, de ahí que la institución o llamamiento hereditario hecho después

¹³⁷ Ibidem, Pág. 325.

¹³⁸ Ibidem, Pág. 325.

de muerta otra persona se considera bajo condición suspensiva, o sea como si estuviere hecho para el caso de que el instituido o llamado sobreviva a dicha persona.

Por lo tanto los llamamientos *post mortem* reciben el mismo tratamiento que los otorgados bajo condición suspensiva, lo cual permite que puedan tener acceso a la herencia personas nacidas después de fallecido el testador. Todo lo que gana en este aspecto los nascituri, lo pierden por otro lado quienes viviendo al tiempo del fallecimiento del causante no sobreviva a aquella persona para después de cuya muerte fueron instituidos, pues el heredero instituido bajo condición suspensiva que fallezca antes de dicha condición se cumpla no adquiere ni transmite derecho alguno a sus herederos.

Una reiterada jurisprudencia había declarado que las instituciones a día cierto o que indudablemente ha de venir, por más que se ignore cuándo (como la muerte de una persona) son legales, pues crean derechos transmisibles a herederos instituidos desde la muerte del testador, conforme a este criterio, los llamamientos sucesorios *post mortem* no implican una condición suspensiva y por tanto no provocan retraso o suspensión de la delación, ya que esta se reputa producida al tiempo de morir el testador, de modo que los llamados en dicha forma adquieren desde ese momento sus respectivos derechos y aunque mueran antes que la persona primeramente llamada, transmiten a quienes sean sus correspondientes herederos dichos derechos adquiridos.

✓ **Otra es la regulada en el artículo 963 inciso 3 del Código Civil, que dice: “Con todo, las asignaciones a personas que al tiempo de abrirse la sucesión no existen pero se espera que existan, no se invalidaran por esta causa si existieren**

dichas personas antes de expirar los 30 años subsiguientes a la apertura de la sucesión”.

Cabe preguntarse si las personas futuras recogen la asignación si llegan a existir antes de expirar los 30 años subsiguientes a la apertura; pero ¿habrá que esperar el transcurso íntegro de los 30 años para determinar quiénes recogen la asignación o el primero de ellos que llegue a nacer en ese plazo lleva toda la asignación?, resulta lógico que la asignación, por tanto, se entregará al primero que nazca y los demás entraran en el goce a medida que vayan existiendo, siempre que ello ocurra antes de la expiración del tiempo a contar desde la apertura. Del mismo modo, si el testador dispone de una asignación a favor de una persona que existe, conjuntamente con otras que se espera que existan, la asignación quedara en poder del primero, con el cargo de restituirla a los futuros asignatarios, en su tiempo.

✓ La que indica el artículo 963 inciso 4º del Código Civil, que menciona “Que valdrán con al misma limitación las asignaciones ofrecidas en premio a los que presten un servicio importante, aunque el que lo presta no haya existido al momento de la muerte del testador”.

Pero el Código no precisa si basta con que la persona que preste el servicio importante nazca en el plazo de 30 años a contar desde la apertura o si será preciso además que el servicio mismo se preste en ese plazo. “La doctrina exige que ambas circunstancias se den en se plazo”.¹³⁹

¹³⁹ Ramón Domínguez Benavente, Op. Cit., Pág. 200.

✓ **El mismo artículo 963 inciso 1° del Código Civil, parece regular otra excepción, ya que para suceder es necesario existir al tiempo de abrirse la sucesión, salvo que se suceda por derecho de transmisión.** Según el artículo 958 del mismo código, exige la existencia del adquirente o transmitido al tiempo de la muerte del transmitente o transmisor; pues el derecho de Transmisión comprende dos sucesiones y por ende dos causantes; bastaría existir al abrirse la sucesión de la persona por quien se transmite la herencia o legado (transmitente). Pero no hay tal excepción, en el caso del derecho de transmisión, el sucesor transmitido recoge la asignación que se transmite, por ser sucesor del transmitente, es respecto de este, que deben darse los requisitos para ser sucesor, no respecto de aquel cuya sucesión se transmitió es decir del primer causante. En conclusión podemos decir que la excepción contemplada en el artículo 963 del C.C. no tiene operancia práctica ya que el Derecho de Transmisión está contemplado directamente en el artículo 958 del C.C..

Se plantean ciertos problemas pues el artículo 963 del Código Civil, no precisa si esas personas que se espera existan deben ser necesariamente hijos de un sujeto determinado o pueden serlo de alguien a quien el testador no conoce. La regla es aplicable en el caso de que sea un sujeto determinado, pues si el testador manifiesta su voluntad de dejar alguna asignación a los hijos de una persona que designa, los futuros herederos se encuentran perfectamente individualizados, pues si dicha persona, al fallecer el causante no tiene descendientes, deberá esperarse 30 años, si en ese lapso llegare a tener hijos estos sucederán. Pero en el segundo supuesto la solución es dudosa, pues si el testador dijera dejo un millón de dólares al primero de mis hijos que tenga una niña, la

asignación no vale, porque conforme al artículo 1039 del Código Civil, todo asignatario deberá ser persona cierta, determinada o determinable, natural, colectiva o jurídica, ya sea que se determine por su nombre o por indicaciones claras del testamento, de otra manera la asignación se tendrá por no escrita.

✓ **Otra excepción es la que surge tratándose de Legados, Mandas u otras Cargas Hereditarias Impuestas por el Testador a los Herederos o Legatarios.**

Para fundamentar la admisión de esta excepción basta considerar que el legado no es más que una carga o gravamen impuesto al heredero o a otro legatario, y que le impone la obligación de suministrar alguna cosa al legatario, de modo que si este es un Nasciturus, la cosa legada no queda de momento abandonada o sin dueño, pues mientras tanto la tiene el heredero, cuidándola y aprovechándose de ella, por lo que las razones económicas quedan suficientemente expuestas; pero aun legándose una cosa por partes en cuyo caso no se da el derecho de acrecer, basta que exista el legatario, o que nazca un nasciturus, para que toda la cosa legada deba ser entregada por el heredero a su legítimo titular.

Con relación a este punto el artículo 75 del Código Civil, anticipa el goce de esos derechos a favor del nasciturus. Una vez efectuado el nacimiento se transmiten irrevocablemente, mientras esto sucede estarán en suspenso y la persona en cuyo poder se encuentre el legado tiene la obligación que hacer efectiva la voluntad del testador.

⊕ Doctrinariamente se conocen otras excepciones al principio de la ineficacia de los llamamientos sucesorios a favor de los Nascituri, las cuales son:

✓ **La que se Produce en los Casos de Sustitución Fideicomisaria Pura o a Término.**

La sustitución Fideicomisaria es aquella en la que se llama a un fideicomisario, que en evento de una condición se hace dueño absoluto de lo que otra persona poseía en propiedad fiduciaria.

Las sustituciones fideicomisarias condicionales, reconocen eficacia a los llamamientos sucesorios de los nascituri en concepto de fideicomisarios, con tal que hubieran nacido o sido concebidos al tiempo de operarse normalmente la restitución fideicomisaria.

Las sustituciones fideicomisarias que se hagan a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador, a las que por no presentar esta característica surten efectos tan solo cuando no pasen del segundo grado de los llamados a suceder. En principio el heredero ha de vivir en el momento de la muerte del testador para poder hacer efectivo su derecho, aparece desvirtuado en general por los fideicomisos familiares, aunque los fideicomisarios no hubiesen sido concebidos al morir el de cujus.

Las instituciones fideicomisarias pueden establecer a favor de personas que vivan al fallecimiento del testador o de las no existentes, siempre que no pasen del segundo grado.

“El artículo 1048 del Código de Napoleón permite que los padres puedan otorgar legados o donaciones a favor de sus hijos con la carga de transmitir los bienes a los hijos de estos, nacidos o naceros, hasta solamente un grado”.

La institución a favor de una persona todavía no engendrada en momento de al apertura de la sucesión debe considerarse como instituida en concepto de fideicomisario, salvo que el testador no la quiera como tal. Pero en la duda se reputa que el testador la ha llamado como fideicomisario, defiriéndole entonces la herencia en el momento de su nacimiento.

Al morir el causante, los fideicomisarios adquieren un derecho definitivo, que forma parte de su patrimonio y que por su muerte, aunque sea anterior a la del fiduciario, se transmitirá a sus herederos; de modo que los que existan al fallecer el testador adquieren inmediatamente su derecho al fideicomiso, y los nascituri lo adquieren en la medida en que vayan naciendo.

El principio de la eficacia de los llamamientos sucesorios a favor de los nascituri, se justifica en el fondo, por razones practicas o empíricas, consistentes en la conveniencia que para la economía publica significa el que los bienes no se hallen durante largo tiempo sin dueño conocido y bajo la gestión de simples administradores, o sea en manos de personas extrañas, de quienes es de temer que no desplegaran el mismo interés que el propio dueño o titular.

Pero esta excepción queda bastante debilitada si se tiene en cuenta la índole especial o inmaterial del derecho de los fideicomisarios mientras no llegue el día de la restitución, o sea en tanto subsista el derecho del fiduciario, ya que este absorbe entonces de tal manera la propiedad de los bienes fideicomitidos, que en rigor es su dueño, aunque vitalicio o temporal.

Según el artículo 1810 del Código Civil se prohíbe el fideicomiso y la constitución de censos, ya sean consignatarios, reservativos o enfiteúticos, y cualquiera otra especie de vinculaciones de bienes raíces, muebles o semovientes, pero con las excepciones siguientes. En la constitución de fideicomisos a favor de la Nación; de instituciones beneficiarias o culturales del país, ya sea que existan o para su creación, de personas naturales inhábiles conforme a la Ley para manejar sus intereses; o de personas que aunque no existan, se espera que existan, estando en el vientre materno.

✓ **Una última excepción aunque no idéntica a la anterior es la que se produce cuando el primeramente llamado por el testador a título de legado o herencia, lo es al usufructo de los bienes, disponiendo de la propiedad de los mismos, sin dilación, a favor de personas nacidas o naceras al tiempo de morir el testador:**

Es aquí a partir de la muerte del causante, se atribuye a los nascituri la nuda propiedad, o sea un derecho de mayor consistencia o entidad que el que tienen los fideicomisarios, pues a estos tiene una motivación económica relativa al buen régimen o gestión de los bienes, y a diferencia del fiduciario, no sea el primer llamado propietario de los mismos, sino tan solo usufructuario, pues el usufructo implica una tan amplia desmembración dominical que hace que se le considere como parte del dominio.

En el caso del usufructo, hay nuda propiedad, que por su mayor consistencia constituye un valor patrimonial prácticamente más negociable que el derecho de los fideicomisarios.

4.8 Marco Normativo Jurídico

En el marco normativo legal de nuestra investigación, consideramos los diferentes cuerpos normativos que tienen íntima relación con el tema de estudio, iniciando por la normativa constitucional y continuando con la legislación secundaria.

4.8.1 Constitución de la Republica.

Como norma fundamental es necesario desarrollar los preceptos constitucionales que guardan relación con nuestra investigación, específicamente en lo concerniente a las asignaciones testamentarias otorgadas a favor de los concebidos y los no nacidos. La Constitución, en el art.1 inciso segundo, reconoce la existencia de la persona humana, desde el mismo instante de la concepción y no con el nacimiento, dejando a un lado las viejas tendencias del derecho romano, prueba de ello es que le reconoce capacidad si bien restringida pues solo alcanza para adquirir ciertos derechos (por herencia y donación).

El artículo 2 de la Constitución establece el origen del Derecho a la propiedad el cual se entiende como la plena potestad sobre un bien, que a la vez contiene la potestad de ocuparlo, servirse de él de cuantas maneras sea posible y la de aprovechar sus productos y acrecimientos, así como la de modificarlo y dividirlo.

Así mismo, nuestra Constitución de 1983, en su artículo 22, llama a proteger la propiedad, junto al derecho hereditario, así mismo establece la libertad que tienen las personas de determinar su última voluntad, respecto de la transmisión de sus bienes, siempre y cuando cumpla con todos los requisitos que exige la Ley, en pocas palabras, dicho artículo establece la figura de la libre testamentación.

El artículo 33 de la Constitución regula las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges, entre si y entre ellos y sus hijos, establece también los derechos y deberes recíprocos sobre bases equitativas; y creara las instituciones necesarias para garantizar su aplicabilidad.

4.8.2 Tratados Internacionales de Derechos Humanos:

Dentro de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, cabe destacar:

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:

En el Capítulo primero - Derechos - Artículo 1º.- Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

- Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas:

En la parte Declaración Universal de Derechos Humanos, que es la declaración básica de los derechos inalienables e inviolables de todos los integrantes de la familia humana; y que tiene por objeto ser el “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse” con miras a alcanzar el reconocimiento y la aplicación universal y efectiva de los derechos y libertades que enumera”, Artículo 3º.- Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

En su parte tercera (III), Artículo 6.- 1- El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica):

En su Parte I - Deberes de los Estados y Derechos Protegidos -, Capítulo II - Derechos Civiles y Políticos-, Artículo 4º.- Derecho a la vida. 1- Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, y en general a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

- Convención sobre los Derechos del niño:

En su Preámbulo, Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, “el niño, por su falta de madurez física y mental necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. En la parte primera, Artículo 1º, Para los efectos de la presente Convención se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. Artículo 6º, 1.- Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2.- Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

CAPITULO V

V. ASPECTOS SUSTANCIALES Y PROCESALES DE LAS ASIGNACIONES

TESTAMENTARIAS OTORGADAS A FAVOR DEL

NASCITURUS

5.1 Las Medidas de Investigación y Comprobación sobre el Embarazo y

Parto

El posible advenimiento de un sucesor, todavía no nacido al morir el causante, produce por una parte, la expectativa de un nuevo sujeto, cuyos derechos han de protegerse y por otro lado, tenemos la situación especial de la madre, portadora del instituido heredero o legatario; finalmente, un estado de dependencia en los derechos de los restantes eventuales o actuales herederos, que ha de tener su reflejo en la situación de todo el patrimonio hereditario.

Diferentes legislaciones por ejemplo la Argentina y la Colombiana, se han ocupado de conformar una serie de medidas cuyo objeto es investigar la existencia del embarazo o el hecho del parto, con las limitaciones que ello implica, debido a que puede verse afectado el pudor y la intimidad de la madre.

“Lo que se trata con dichas medidas es evitar las maniobras y fraudes que se pueden realizar con el concebido, que son:

➤ La Supresión, con el aborto efectuado para evitar que la herencia le corresponda al nacido, excluyendo a la embarazada o para impedir su deshonor;

- b) La Suposición o simulación de un embarazo no cierto, para no permitir que los bienes pasen a otros herederos y obtener para los padres del nasciturus la administración de los bienes hasta la mayoría de edad,
- c) La sustitución del nacido vivo por otro muerto, o de uno muerto por otro vivo, con parecidos objetivos”.¹⁴⁰

En el Código Civil Colombiano se obliga a la mujer encinta cuyo embarazo no haya sido reconocido en documento por su difunto marido, a poner su estado en conocimiento de los afectados por él en sus derechos sucesorios y autoriza a los interesados para pedir al juez medidas conducentes a fin de evitar la suposición de parto y nombrar persona que se cerciore de la realidad del alumbramiento. Así como también se protege a la viuda que quede en cinta, aun cuando esta sea de buena condición económica, y ser alimentada de los bienes hereditarios, tomando siempre en consideración la parte que pueda tener el póstumo, si naciere y fuere viable.

La legislación Argentina regula, que la sola denuncia por parte de la madre, de su marido o de otros interesados, es suficiente para tener por reconocido el embarazo, y prohíbe la iniciación de juicios para contestarlo, aun a pedido de la propia mujer que lo niegue.

También se consideran partes interesadas para denunciar el embarazo a los siguientes individuos: a) los parientes del no nacido, aunque no se encuentren en grado sucesorio; b) aquellos a quienes los bienes hubieren de pertenecer si no se produjera el

¹⁴⁰ Santos Cifuentes Op. Cit. Pág. 98

parto, o si el concebido nace muerto, o si, con el transcurso del plazo máximo de embarazo -300 días-, quedó verificado que no fue concebido en tiempo propio.

Nuestra legislación Civil en cambio no contempla medida alguna que tengan como objeto investigar la existencia de un embarazo o el hecho del parto. En el artículo 26 de la Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar y de los Regímenes Patrimoniales de Matrimonio, encontramos que las instituciones hospitalarias y personas autorizadas por el ministerio de Salud Pública y Asistencia Social para atender partos, deberán registrar su firma y sello en dicho Ministerio, para expedir constancias firmadas y selladas de la ocurrencia de nacimientos, sin embargo no podemos equiparar esta disposición como una medida de investigación del parto estrictamente, aunque en determinado momento puede recurrirse a dicha constancia y ser valorada como prueba.

5.2 Sospecha de Embarazo

Desde el punto de vista de la medicina encontramos indicios que nos puede llevar a sospechar que una mujer se encuentra embarazada, estos se basan sobre todo en síntomas subjetivos que incluyen:

- “1. Náuseas con o sin vómitos.
2. Perturbaciones de la micción.
3. Fatiga.
4. Percepción de movimientos fetales.

➤ Los signos de sospecha incluyen:

1. Interrupción de la menstruación.
2. Cambios en las mamas.

3. Cambio de color de la mucosa vaginal
4. Aumento de la pigmentación cutánea y desarrollo de estrías abdominales.”¹⁴¹

5.3 Pruebas de Embarazo.

Primeramente hay que comprobar si verdaderamente la mujer se encuentra embarazada. Se debe ir a una Clínica de Ginecología. También puede comprobarse personalmente usando un producto que se vende en farmacias. Este reactivo (ninshinhanteishiyaku) comprueba las hormonas de la orina.

Existen ciertas pruebas de embarazo de poco costo que están disponibles en los comercios. Se pueden realizar en 3 a 5 minutos, son muy exactas y con ciertas precauciones, muy precisos. Hay varias pruebas diferentes, cada una de ellas se entrega en una caja que contiene todos los elementos necesarios. Sin embargo, todas están basadas en el mismo principio: reconocimiento de la HCG, “que consiste en detectar la presencia de la hormona llamada gonadotropina coriónica en el plasma materno y su excreción en la orina, son la base de los estudios endocrinos del embarazo. Se puede identificar la presencia de esta hormona en líquidos corporales por medio de una variedad de técnicas de inmunoensayo o biológicas.

“La gonadotropina coriónica es importante en el reconocimiento materno del embarazo porque actúa “rescatando” el cuerpo lúteo, principal sitio de síntesis de progesterona durante las primeras 6 semanas de embarazo.”¹⁴²

¹⁴¹ F. Gary Cunningham y otros, Williams Obstetricia, Editorial Medica Panamericana, 21ª Edición, Buenos Aires, Argentina, 2002, Pág. 19

➤ A continuación se presentan los diferentes tipos:

* **Prueba de embarazo casera:** La mayoría de estas pruebas pueden determinar si la mujer se encuentra embarazada desde el primer día del período faltante (alrededor de 14 días después de la concepción). Estas pruebas detectan la presencia de la Hormona Gonadotropina Coriónica (HGC) en la orina. Los resultados se obtienen hasta cinco minutos después. Si la prueba indica que está embarazada, debe consultar al médico tan pronto como sea posible para que le practique un examen médico. Las pruebas de embarazo caseras son muy precisas, pero no infalibles. Si la prueba resulta negativa pero usted continúa experimentando síntomas de embarazo, consulte con el médico.

* **Prueba de laboratorio:** Esta prueba puede determinar si la mujer está embarazada desde los 7 a 10 días después de la concepción. También detecta la presencia de HGC en la orina. Para hacerse esta prueba debe ir al consultorio médico o al laboratorio. Los resultados se obtienen en unos pocos minutos si se la practican en el consultorio médico. Si la hacen en un laboratorio, los resultados pueden estar listos para el día siguiente. Su nivel de precisión es de un 100%.

• **Examen de sangre:** El examen evalúa la presencia de HGC en la sangre y puede determinar si está embarazada desde una semana después de la concepción. Para hacerse este examen debe ir al consultorio médico o al laboratorio y los resultados probablemente estarán listos para el día siguiente. Su nivel de precisión es prácticamente de un 100%.

¹⁴² Ibidem Pág. 22

5.4 El Nacimiento Prueba del mismo y Viabilidad.

Para que el nacimiento constituya un principio de existencia, generador de personalidad, se requieren tres condiciones:

a) Que el niño sea separado de su madre: El desprendimiento del feto del claustro materno puede obtenerse natural o artificialmente por medios quirúrgicos. Es indiferente a la ley una forma u otra, pues al respecto no hace distinción alguna.

b) Que la separación sea completa: ¿Qué ha querido decir el legislador con esta frase? En opinión de ciertos intérpretes, que ningún vínculo haya entre la madre y el hijo, ni siquiera el del cordón umbilical, que une el embrión a la placenta y sirve de conducto a la sangre de la madre que nutre al feto.

Otros piensan que las palabras del legislador se refieren al hecho de que la criatura salga toda del seno materno, sin que importe que el cordón umbilical esté cortado o no. En otras palabras, los primeros sostienen que hay separación completa cuando la criatura ha salido toda del vientre y ha sido cortado el cordón, o cuando, sin estarlo, la placenta ya estuviese expulsada; los segundos afirman que basta que el cuerpo íntegro del hijo haya salido, aunque esté unido todavía a la madre por el cordón umbilical.

Estos últimos apoyan su manera de ver en los argumentos siguientes.

1) La integridad del cordón no significa propiamente unión de los dos cuerpos, pues dicho lazo es un anexo que no pertenece al cuerpo del niño ni al de la madre.

2) Si el individuo no comenzara existir sino después de practicada la operación a que se alude, resultaría que el nacimiento no sería un acto puramente natural, sino que en muchos casos esencialmente artificial.

3) Los padres podrían decidir a voluntad el principio de la existencia de la persona.

Otros contra argumentan que el tenor literal de la disposición en estudio revela que el legislador habla de una separación material entre la madre y el hijo, y a esta separación *nada debe faltar* para que se estime *completa*, ya que ese es el significado que da el Diccionario de la Real Legua Española a esta última palabra; si el cordón permanece uniendo el cuerpo del niño al de la madre, faltaría el seccionamiento de este lazo para reputar completa la separación. La separación completa que menciona el Código, es, pues, una separación total material y no la separación fisiológica que no implica el corte del cordón umbilical.

En concepto del redactor de estas explicaciones, el sentido de la ley no es clara. Y si bien el tenor literal parece ajustarse más a la opinión de la separación material, cree preferible, por las consecuencias, la interpretación de la separación fisiológica.

c) Que la criatura haya sobrevivido a la separación un momento siquiera: Para ser persona es suficiente vivir la fracción más insignificante de tiempo; basta un destello de vida. Pero la criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no sobrevive a la separación un momento siquiera, se reputa no haber existido jamás

Determinar si un individuo ha vivido o no puede tener mucha importancia en la práctica, por las consecuencias que se deriva, sobre todo en materia de herencias. Al efectuarse el nacimiento, si este nace vivo y muere un minuto después, por ejemplo, ha heredado, porque ha sido capaz de Derechos y la madre heredara a su turno; en tanto que si la criatura hubiese nacido muerto, no tendría derecho alguno sobre los mismos bienes.

La supervivencia del hijo a la separación puede probarse por los medios ordinarios y, principalmente, recurriendo al testimonio del médico, matrona y demás circunstantes. Pero este medio sólo será posible cuando los signos de vida hayan sido muy ostensibles, como tratándose del llanto de la criatura, mas no en otros caso, en que por la carencia de manifestaciones externas evidentes, resulta difícil precisar si el soplo existencial animó el cuerpo humano.

Habrá que pedir auxilio, entonces, a los procedimientos médico-legales, dirigidos a comprobar las huellas de la respiración, signo por excelencia de la vida. El más usado y el que presenta mayor valor científico, dentro de la relativa seguridad de todos, es el de la *docimasia pulmonar hidrostática*. Esta consiste en previas operaciones adecuadas, en sumergir los pulmones de la criatura en una vasija con agua, y si flotan, significa que ha respirado, porque la entrada del aire disminuye la densidad de los pulmones, haciéndolos que sobrenaden; si caen al fondo, debe suponerse lo contrario.

Hay diversos hechos que conducen al mismo resultado y que no envuelven la respiración o su ausencia, según el caso, por lo cual la experimentación debe realizarse por un perito. En síntesis, no es ésta una prueba categórica, pero sí de mucho peso. Puede establecerse que si los pulmones flotan, la criatura ha respirado; mas, si caen al fondo, es preciso guardar reserva y acumular otras pruebas para resolver que no ha vivido.

Desde en punto de vista del Art. 72 CC, la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre, y agrega, que la criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente

separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás. Lo cual guarda relación con lo sostenido por la doctrina.

5.5 Nacimiento y Parto.

No hay que confundir el nacimiento con el parto. El Nacimiento importa la separación completa de la criatura de la madre. En cambio el parto, es el conjunto de fenómenos que tiene por objeto hacer pasar el feto, impulsado por el útero, a través del canal pelviano, que consta de dos partes: una dura, la pelvis, y otra blanda, la vulva, vagina y sus anexos.

5.5.1 La Doctrina de la Viabilidad

Según esta doctrina además del nacimiento con vida, se exige la llamada “viabilidad”, que es más bien “vitalidad”, y que los romanos denominaban *vitae habililis*. La criatura, una vez nacida, debe tener aptitud orgánica que le permita seguir viviendo por sus propios medios; dicha aptitud, impuesta para el reconocimiento de la persona como sujeto, significa que ya no importa que haya vivido por horas, días o momentos, dado que, además, debe poder conservar la vida.

El problema se vuelve difícil cuando hay que investigar si la criatura murió por su condición de no viable o por otra causa accidental. Esta doctrina se basa en un pronóstico, y no en un hecho, como la doctrina de la vitalidad, ya que para afirmar que un recién nacido es viable, menester es predecir que morirá. Para salvar la duda, algunas legislaciones presumen viable la criatura que viviere veinticuatro horas. Sin embargo, la ciencia demuestra que bien puede el niño vivir dicho lapso y no ser viable. Ahora bien, la tendencia moderna es aceptar la doctrina de la vitalidad, pues está más de acuerdo con

los actuales principios que atribuyen la personalidad al ser humano por el solo hecho de ser tal, sin consideración a la mayor o menor duración de su existencia o a cualquier otra circunstancia. Nuestra Legislación Civil acepta la doctrina de la vitalidad, ya que el artículo 72 del Código Civil sólo exige, para conceder la personalidad, que la criatura nazca viva; la duración de la vida extrauterina es indiferente: para la adquisición de los derechos basta vivir el más mínimo espacio de tiempo.

5.6 Regulación de las Asignaciones Testamentarias Otorgadas a Favor de los Nasciturus Antes y Después de la Reforma Constitucional del Artículo 1 inciso 2 en el año de 1999

La doctrina costarricense, indica que la Convención sobre los Derechos del Niño consolidó un cambio paradigmático: el de la protección integral del niño, entendiéndose en ella por niño todo ser humano menor de dieciocho años, que incluye como niño también al concebido, no nacido todavía, de modo que también se da una protección integral desde el punto de vista cronológico; por lo que desde esta opinión, es importante entender que la palabra niño comprende diversas categorías, cada una de las cuales tienen Derechos particulares: los concebidos, los impúberes, los adolescentes y aún los jóvenes. Todos ellos entran, en cuanto sean menores de dieciocho años, dentro del concepto de "niño" de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁴³

¹⁴³ Conferencia Pérez Vargas, Víctor, Los Nuevos Paradigmas y los Derechos del Concebido como persona, en Kemelmajer de Carlucci, Aída Rosa (Coordinadora), El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas, Tomo II, Rubinzalculzoni, Santa Fe, 2000, Págs. 244 y 262

El Código de Familia, sancionado posteriormente a los instrumentos internacionales mencionados en D. O. N° 231, Tomo N° 321, de 13/12/1993, adopta un cambio legislativo en tanto reconoce en la definición de menor de edad a "toda persona natural que no hubiere cumplido dieciocho años" en su artículo 345, regulando así sus derechos y la protección integral desde la concepción, como lo establecen los artículos 344, inciso 1, 346 inciso 1, 351, ordinal 2° y 353.

Respecto al hijo no nacido, dispone que el padre podrá reconocer al hijo concebido por cualquiera de los medios establecidos en el Código que fueren aplicables según el artículo 144 del Código de Familia y en cuanto a la administración de los bienes que "eventualmente pertenecerán al hijo que está por nacer", señala que corresponderá a los padres o la madre, en su caso, con las mismas facultades y restricciones que impone el Código respecto a los hijos nacidos art. 238 del mencionado cuerpo legal.

Nuestra legislación desde tiempos antiguos ha reconocido la protección de la vida del que está por nacer, facultando a los Jueces tomar todas las providencias que les parezcan convenientes para tal fin; sin embargo, esa protección si bien limitada al derecho esencial de la vida, no lo ha sido respecto a la protección integral de los otros derechos; de ahí que para el Código Civil que data de 1860, la existencia legal de toda persona iniciaba al nacer, conforme al artículo 72 del mismo cuerpo legal, compartiendo así el criterio del artículo 74 del Código Civil Chileno.

Con la reforma constitucional de mil novecientos noventa y nueve se trastocó el centro del ordenamiento jurídico nacional, al reconocer la existencia legal de la persona

humana a partir de su concepción, con lo cual indefectiblemente ésta puede adquirir los derechos que a ella se refieran, sin que los mismos estén suspensos hasta que el nacimiento se efectúe, como señalaba la regla del artículo 75 Código Civil, hoy derogada de una forma tacita por aplicación del mandato constitucional; en cuyo caso tendrá lugar la representación de las personas por nacer, por sus padres.

El ser humano es un ser imperfecto, pero perfectible, desde su concepción, con potencialidades específicas dependientes de su carga genética la cual es única; que el concebido "es ya una criatura y tiene características propias, conformación somática que le pertenecen, un destino moral y espiritual propio, diferente al de sus progenitores".¹⁴⁴

Es por ello que diversos autores han hecho mención de algunos derechos que posee el concebido, destacándose entre esos: el adquirir bienes por donación; adquirir bienes por herencia; ser beneficiario de una carga impuesta a una donación de otros herederos o legatarios; adquirir los derechos y obligaciones accesorias de los que adquiera como principales; reclamar alimentos; reclamar la filiación; ser beneficiario de indemnizaciones o pensiones y ser beneficiario de estipulaciones a su favor, por ejemplo de un seguro de vida. Lo cierto es que la lista no tendría fin desde que el concebido es titular en parte actual y en buena parte potencial de todos los derechos patrimoniales y personales de cualquier ser humano que ya ha nacido.

¹⁴⁴ Ibidem Pág. 251

5.7 Elaboración, Planteamiento y Soluciones a Situaciones no Previstas por el Causante

5.7.1 Llamamientos Múltiples

El Principio Fundamental y particularmente en los de disposición directa de la nuda propiedad a favor de los nascituri, se produce una situación jurídica que, debe configurarse como un caso de Derecho provisionalmente sin sujeto o de vinculación jurídica de bienes en espera del titular futuro.

Este planteamiento ofrece una serie de problemas, pero surge uno fundamental cuando en vez de haber un solo heredero o legatario nasciturus, los llamados a la sucesión son varios, habiendo unos ya nacidos al tiempo de morir el causante y otros por nacer (estando ya concebidos); entonces es difícil configurar la situación jurídica resultante.

La multiplicidad de personas con Derecho a la sucesión, unas vivas y otras nacederas, da lugar, pues a una ardua cuestión debido principalmente a la indeterminabilidad de las cuotas.

En este punto caben fundamentalmente dos sistemas: El de la asignación bajo reserva a los nacidos y el de asignación bajo cálculo de probabilidades entre los nacidos y los nascituri.

◆ **En el sistema de asignación bajo reserva a los nacidos:** Los bienes hereditarios se asignan por cuotas indivisas a las personas llamadas ya nacidas, sean una o varias, pero con la reserva del Derecho correspondiente a los nascituri.

◆ **En el sistema de asignación bajo calculo de probabilidades entre los nacidos y los nascituri:** Se produce a una asignación provisional de cuotas entre las personas nacidas y los probables nascituri, valorando todos los elementos o circunstancias concurrentes, para que a base de un cálculo de probabilidades se fije aproximadamente un numero de personas llamadas y posiblemente naceras, sin perjuicio de rectificar la asignación efectuada de cuotas, en mas o menos, según sea el resultado definitivo, una vez sean imposibles nuevos nacimientos de herederos o legatarios.

El primer sistema es el preferente porque es el que mejor responde con respecto del ausente, si se interpreta en el sentido de que la partición de todos los bienes se efectúa entre los herederos puros solamente; en el caso de los nascituri la indeterminación de estos dificulta la asignación, aunque provisional, de cuotas a favor de los mismos.

El mejor sistema es el de asignar los bienes relictos a la personas llamadas por el testador que ya hubieren nacido al fallecer este, sin dejar de reconocer que con ello tampoco se evita el inconveniente que para la negociabilidad de dichos bienes provoca la inseguridad de nuevos nacimientos, pero esto es inevitable.

Esta inseguridad se presenta generalmente, como implicando una condición resolutoria afectante a los bienes asignados a los nacidos; pero si bien hay algo de ello, no obstante conviene precisararlo; la necesidad de reservar las correspondientes cuotas hereditarias a los nascituri puede tener cierto juego de condición o gravamen resolutorio; pero en rigor esta condición o gravamen afecta al quantum o volumen de la cuota de todos los llamados y no al derecho en si o titularidad de los mismos, siendo mejor referir

la amenaza resolutoria a la asignación o distribución de los bienes entre los nacidos que a la misma adquisición del Derecho.

5.7.2 Nacimientos Múltiples

Se ha visto, que naturalmente cuando queda fecundado un óvulo y este se desdobra da como consecuencia el nacimiento de los siameses. La situación de los gemelos biovulares, por fecundación de dos óvulos en un solo claustro materno y el nacimiento de dos criaturas en el parto, trae otros problemas cuyas soluciones deben extenderse a los trillizos, cuatrillizos y quintillizos.

Para la determinación de la primogenitura en el caso de partos dobles o múltiples, la Doctrina cortando las viejas disputas, dispone que: *"La prioridad del nacimiento, en el caso de partos dobles o múltiples, da al primer nacido los derechos que la ley reconoce al primogénito"*, con una clara imprecisión terminológica, pues tanto la ciencia médica como la biología nos enseñan que el primogénito, entendido como el primer concebido, es, precisamente, el último que nace.

Dejando al margen esa cuestión, esta norma será aplicable no sólo cuando los derechos atribuidos al primogénito procedan de la ley, sino también cuando procedan de los actos jurídicos.

La dificultad surgirá cuando sea imposible probar quién ha nacido primero: en este supuesto, y en caso de llamamiento hereditario al primogénito, un sector doctrinal opina que este sería el heredero o llevaría la mayor parte de ella, aunque nosotros creemos que es más justo dividir la herencia por partes iguales, tal y como se determina en el Código Civil alemán.

En la Legislación Salvadoreña existe un principio general que estatuye: “Si nacen mas de un hijo vivo en un solo parto, los nacidos son considerados de igual edad y con iguales derechos, para los casos de institución o sustitución a los hijos mayores, así lo establece el artículo 76 del Código Civil; es decir que no existe un hijo mayor cuando nacen mellizos porque por naturaleza, el parto sucesivo es casi de inmediato, y a diferencia entre una y otra criatura solo es de unos momentos u horas.

Se ha dicho que la persona comienza con la concepción y no obstante ser dos los nacimientos, la concepción es una sola. La llegada al mundo del primero de los hijos no es más que un hecho fortuito derivado de la colocación involuntaria en el seno materno.

Cuando en un testamento se ha dispuesto el beneficio al mayor de los hijos y nacieron mellizos, se debe interpretar la intención del testador. Si no hubiera otros herederos y aquella es clara, corresponde distribuir el beneficio en partes iguales. Si concurriera a la herencia la madre, les pertenece a los mellizos el beneficio, la porción disponible excluyendo a aquella. Si con posterioridad nacieren otros hijos es lo mismo, pues ambos mellizos serian los mayores.

Esta solución se aplica al caso en que el testador dio beneficio al mayor de los hijos. Si la voluntad del testador tuviera clara y precisa intención de beneficiar a una sola persona, se puede poner en duda la vigencia del legado, porque al nacer mellizos no hay un solo hijo y tampoco existe un mayor único, siendo imposible que otro que no fuera el causante pudiera elegir a cual de los mellizos se derivara el beneficio.

La forma en singular en que el testador se manifestó, no prevalece sobre el estudio del modo como hubiera dispuesto la herencia de haber previsto el nacimiento doble o múltiple.

5.7.3 Que el Presunto Heredero Perezca Dentro del Seno Materno

Para ser persona es suficiente vivir la fracción más insignificante de tiempo; basta un destello de vida. Pero la criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no sobrevive a la separación un momento siquiera, se reputa no haber existido jamás, así lo menciona el artículo 72 inciso 2 del Código Civil.

Determinar si un individuo ha vivido o no puede tener mucha importancia en la práctica, por las consecuencias que se derivan, sobre todo en materia de herencias. Puede resolverse estos caso desde 2 puntos de vista: a) desde el Derecho Civil, supongamos que una persona instituyo heredero de sus bienes a un hijo póstumo (que es el que nace después de fallecido el padre): si este nace vivo y muere un minuto después, por ejemplo, ha heredado, porque ha sido capaz de derechos, y la madre heredara a su turno; por el contrario si la criatura hubiese nacido muerto, no tendría la madre derecho alguno sobre los mismos bienes y la herencia quedaría de forma intestada; es obvio pues si el feto nace muerto o no reúne alguno de los restantes requisitos legales, tiene la consideración, en el campo del Derecho civil, de aborto; b) El otro punto de vista es el Constitucional el cual sostiene que si el niño nace muerto la madre siempre heredaría a su turno por la representación de su hijo, pues se ha reconocido como persona humana y ese nacimiento se registraría tal y como lo regula el artículo 39 de la Ley Transitoria del Registro del

Estado Familiar y de los Regimenes Patrimoniales del Matrimonio, pero este tipo de registro será únicamente para efectos estadísticos.

¿A quien le corresponde probar que la criatura nació viva o muerta? La prueba de un derecho compete al que lo alega, por consiguiente, la persona que, por ejemplo, pretende heredar al niño, deberá demostrar que este nació vivo, porque de lo contrario si el testador no designo un sustituto de la herencia o el nasciturus era el heredero universal, es decir no existían otros herederos conjuntos para que de esta manera operase el acrecimiento, esta sucesión quedaría de forma intestada y en consecuencia entrarían a suceder los ordenes que establece el articulo 988 del Código Civil, los cuales presentan una preferencia de acuerdo al orden en el que han sido establecidos, de modo que solo en falta de los llamados en el numero anterior, entraran los designados en el numero que sigue, y la herencia se dividirá por partes iguales entre las personas comprendidas entre cada numero.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.8 CONCLUSIONES.-

→ Con la reforma del artículo 1 inciso 2 de la Constitución, se consolidó un cambio paradigmático en la protección integral del niño, entendiéndose en ella por niño a todo ser humano menor de dieciocho años, el cual incluye también al concebido y no nacido, de modo que también se da una protección integral desde el punto de vista cronológico; por lo que es importante entender que la palabra niño comprende diversas categorías, cada una de las cuales contiene derechos particulares: los concebidos, los impúberes, los adolescentes y aún los jóvenes; todos ellos entran, en cuanto sean menores de dieciocho años, dentro del concepto de "niño".

→ Con la doctrina de la protección integral del niño actualmente se define en fortalecer el reconocimiento del resguardo de los derechos humanos, basándose en el principio de inviolabilidad y dignidad de la vida humana, que alcanza la especial importancia de la consagración del concebido como sujeto de derechos capaz de adquirir Derechos y contraer Obligaciones, con los alcances y limitaciones, debido a su incapacidad de ejercicio absoluta.

→ El principio de la ineficacia de los llamamientos sucesorios a favor de los nascituri, resulta cuando el testador llama de una manera directa como herederos a los nascituri, pues de ese resultado no puede culparse a la Ley, ya que esta cumple con

proporcionar al testador las formulas adecuadas para lograr eficacia a sus deseos, y por tanto, solo cuando la voluntad testamentaria se ha adaptado a los moldes legales, puede el Derecho reconocerle eficacia, mas no es otro caso.

→ La representación legal y administración de los bienes del nascituri, le corresponde a los padres por regla general; salvo en los casos, en que el testador haya dispuesto a uno solo de ellos o inclusive a una persona diferente, con el fin de darle consistencia jurídica a la última voluntad del testador.

→ Para suceder no es necesario existir legalmente, basta con que se exista de forma natural, es decir, que es suficiente con que la criatura este concebida para que tenga la capacidad de suceder.

→ Por regla general se exige que el heredero exista al momento de morir el causante, pero con ello se limita el espíritu de liberalidad, cuando una asignación recae en personas futuras, espíritu que la ley debe estimular y no coartar.

→ Que la falta de conocimiento de la posibilidad de dejar bienes a un concebido y no nacido, hacen que estas asignaciones se vuelvan inoperantes en la practica.

→ Nuestra legislación carece de un procedimiento expreso para hacer efectivas las asignaciones testamentarias otorgadas a favor de los nascituri, y en consecuencia se tiene que aplicar el procedimiento común de las diligencias de aceptación de herencia.

→ El nascituri a pesar de considerársele persona desde la concepción no posee todos los atributos de la persona humana, porque existen ciertos atributos que se adquieren con el nacimiento.

5.9 RECOMENDACIONES.-

→ A los notarios, que se capaciten en la redacción y celebración de los testamentos, y logren tener así una mejor comprensión sobre la última voluntad del testador, cuando en los deseos de última voluntad se encuentre una asignación testamentaria a favor de un nascituri.

→ Se recomienda hacer del conocimiento público la posibilidad de otorgar asignaciones testamentarias a favor de los nascituri.

→ Establecer doctrina acerca de las asignaciones testamentarias a favor del nascituri, pero adecuada a la realidad nacional, ya que solo existe doctrina internacional que abordan el tema y esto origina un desconocimiento de esta figura.

→ Que expresamente se establezca una sanción de tipo Judicial o Administrativa a todas aquellas personas que incumplan con la última voluntad del testador, cuando este último en su testamento ha dejado una asignación testamentaria a favor de un nascituri, y esta con todos los requisitos que la Ley exige.

→ Se recomienda a los Legisladores, agregar un procedimiento específico en el nuevo anteproyecto de Código Procesal Civil y Mercantil, para que vuelva efectivas en un solo acto las asignaciones testamentarias a favor de los nascituri.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ABELENDIA, AUGUSTO CESAR, **Derecho Civil, Parte General**, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1980.

ANGARITA GÓMEZ, JORGE, **Lecciones de Derecho Civil, Persona y Representación de Incapaces**, Editorial Temis, 4ª Edición, Santa Fe de Bogota, Colombia, 1994.

ARANGO MEJIA, JORGE, **Código Civil, y La Constitución de 1991**, Editorial Temis, Santa de Fe de Bogota, Colombia, 2000.

CABANELAS, GUILLERMO, **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**, Editorial Heliasta, 21ª Edición, Buenos Aires, Argentina, 1989.

CORDOVA LEVY, SOLARI-WAGMAISTER, **Derecho de Sucesiones**, Tomo I, Editorial Universidad, 2ª Edición, Buenos Aires, Argentina, 1995.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, MANUEL, **Compendio de Derecho Sucesorio**, Editorial la Ley/Diles/Edisofer, Madrid, España, 1990.

DOLORES LOYARTE-ADRIANA E. ROTONDA, **Procreación Humana Artificial, un Desafío Bioético**, Edición de Palma, Buenos Aires, Argentina, 1995.

DOMÍNGUEZ BENAVENTE, RAMÓN; **Derecho Sucesorio**, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1990.

ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, **Tratado Derecho Civil**, Tomo V, Volumen 1º, Derecho de Sucesiones, Casa Editorial Bosch, 2ª Edición, Barcelona, España, 1976.

F. GARY CUNNINGHAM Y OTROS, **Williams Obstetricia**, Editorial Medica Panamericana, 21ª Edición, Buenos Aires, Argentina, 2002.

GONZÁLEZ RAMÍREZ, AUGUSTO, **Introducción al Derecho**, Ediciones Librería del Profesional, 4ª Edición, Bogota, Colombia, 1992.

KEMERMAJE DE CARLUCCI, **Recomendaciones de la comisión N° 1 del Congreso Internacional de Derecho de Familia**, Tomo III, Italia, 1996.

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS Y OTROS, **Elementos de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones**, José Maria Bosch Editor, S.A., Quinta Edición, Barcelona España, 1993.

NIETO BLANC, ERNESTO Y OTROS, **Curso de Derecho Civil, Primera Parte, Parte General, Derechos Reales, de Familia**, Ediciones Macchi, Buenos Aires, Argentina, 1981.

OSORIO MANUEL, **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**, Editorial Heliasta, 27ª Edición, buenos Aires, Argentina, 2000.

RABINOVICH BERCKMAN, RICARDO D., **Derecho Civil, Parte General**, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2000.

ROCA SASTRE, RAMÓN, **Eficacia de los Llamamientos Sucesorios a Favor de los Nascituri**, Revista de Derecho Privado, Tomo XXX, Numero 350, España, 1946.

ROMERO CARRILLO, ROBERTO, **Nociones de Derecho Hereditario**, Ediciones Ultimo Decenio, 3ª Edición, El Salvador, 1984.

SANTOS CIFUENTES, **Elementos del Derecho Civil**, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Palma, Edición II, Buenos Aires, Argentina, 1991.

SASTRE MUNCUNILL, LUIS ROCA, **Derecho de Sucesiones**, Tomo I, Casa Editorial Bosch, S.A., 2ª Edición Barcelona España, 1995.

SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, **Curso de Derecho Civil, Parte General y de los Sujetos del Derecho**, 2ª parte, Editorial Nacimiento, 4ª Edición, Santiago de Chile, Chile, 1971.

SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, **Derecho Sucesorio**, Editorial Jurídica de Chile, Cuarta Edición Actualizada, Santiago de Chile, Chile, 1988.

TESIS

AGUILAR LEMUS, REGIMO ANTONIO, **Derecho de Representación y Transmisión de la Herencia en la Ley de Gravamen de Sucesiones**, “Universidad de El Salvador”, San Salvador, El Salvador, 1992.

GIRALT G., JOSÉ ARQUÍMIDES, **De la Capacidad de Heredar y Testar**, “Universidad de El Salvador”, San Salvador, El Salvador, 1970.

OTROS DOCUMENTOS

SENTENCIA DE LA CÁMARA DE FAMILIA DE LA SECCIÓN DEL CENTRO, **Corte Suprema de Justicia**, Revocación de Sentencia, CF01-52-A-2001, San Salvador, El Salvador.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO, **Atribuciones Patrimoniales a favor del Concepturus**, 1953.

BARRIERE, JORGE ALBERTO, Guía de Estudio, Derecho Civil II, Bienes, 1991.

PAGINAS WEB

<http://www.monografias.com/trabajos17/la-persona-natural/la-persona-natural.shtml>.

Año de creación: 1997

Tema buscado: la persona natural

Autor: Dr. Héctor [Ramón](#) Peñaranda Quintero.

Lugar y Año del artículo: Maracaibo, Venezuela, 22 de Septiembre del 2000

Año de visita: 2005 y 2006

http://www.iglesia.org/articulos/derechos_feto04.php

Año de creación: 1996

Tema buscado: Sobre los derechos del feto

Autor: Gentileza de Fluvium.org

Lugar y Año del artículo: Roma, Italia, 2 de abril de 2004

Año de visita: 2005 y 2006

[http://latina.obgyn.net/sp/articles/Abril%2000/Anenc%20\(1\).htm](http://latina.obgyn.net/sp/articles/Abril%2000/Anenc%20(1).htm)

Año de creación: 1996

Tema buscado: el feto como paciente

Autor: [Dr. Mario Sebastiani](#)

Lugar del artículo: Buenos Aires, Argentina

Año de visita: 2005 y 2006

http://www.edicionesive.org.ar/dialogo/dialogo_35/Actualidad.htm

Año de creación: 2004

Tema buscado: El derecho positivo argentino no permite el aborto provocado

Autor: Dr. Luis Aldo Ravaioli y Dr. Juan José Dal Lago.

Lugar y Año del artículo: Buenos Aires, Argentina, 2004

Año de visita: 2005 y 2006

<http://www.iruya.com/content/view/103/41/>

Año de creación: 1997

Tema buscado: La personalidad del nasciturus extracorporis.

Autor: Dr. Benjamín Pérez

Lugar y Año del artículo: Provincia de Salta, Argentina, 01 de marzo de 1997.

Año de visita: 2005 y 2006

<http://www.bauleros.org/vargas.html>

Año de creación: 12 de octubre 1998

Tema buscado: el nasciturus

Autor: Mario Vargas Llosa

Lugar y fecha del artículo: Madrid, España, Domingo 11 octubre 1998 - N° 891

Año de visita: 2005 y 2006

www.elmundo.com/lavidahumana

Año de creación: 2005

Tema buscado: La noción jurídica de Vida humana en Colombia

Autor: Carlos Mario Molina Betancur, y otros.

Lugar y Año del artículo: Colombia, 2005

Año de visita: 2005 y 2006

LEGISLACIÓN APLICADA

Constitución de la República de El Salvador, aprobada por la Asamblea Constituyente del 15 de Diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial N° 234, Tomo N° 281, del 16 de Diciembre de 1983.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (OEA), aprobada en la novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 3 de Mayo de 1948.

Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (ONU), aprobada y adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 217 A (XXX), de 10 de Diciembre de 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU), adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI) de 16 de Diciembre de 1966, ratificado por Decreto Legislativo N° 27 del 23 de Noviembre de 1979, publicado en el Diario Oficial N° 218, del 23 de Noviembre de 1979.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (OEA), suscrita en San Jose de Costa Rica el 22 de Noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, ratificada por Decreto Legislativo N° 5 del 15 de Junio de 1978, publicada en Diario Oficial N° 113, Tomo 259, del 19 de Junio de 1978.

Convención sobre los Derechos del Niño (ONU), adoptada por la Asamblea General el 20 de Noviembre de 1989, entro en vigor el 2 de Septiembre de 1990, ratificada por Decreto Legislativo N° 487 del 27 de Abril de 1990, publicada en Diario Oficial N° 108, Tomo 307, del 9 de Mayo de 1990.

Código Civil, aprobado por la Cámara de Diputados, el día 12 de Febrero de 1858 y sancionado por el Poder Ejecutivo mediante decreto N° 17 del Ministerio General de fecha 13 de Febrero de 1858, declarado Ley de la Republica por Decreto del Poder Ejecutivo de fecha 23 de Agosto de 1859.

Código de Familia, aprobado pro la Asamblea Legislativa, a los 11 días del mes de Octubre de 1993, publicado en el Diario Oficial N° 231, Tomo 321, del 13 de Diciembre de 1993.

Ley del Nombre de la Persona Natural, aprobado por la Asamblea Legislativa a los 22 días del mes de Febrero de 1990, publicado en el Diario Oficial N° 103, Tomo 307, del 4 de Mayo de 1990.

Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y otras Diligencias, aprobado por el Poder Ejecutivo, a los 13 días del mes de abril de 1982, publicado en el Diario Oficial N° 66, Tomo 275, del 13 de Abril de 1982.

Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar y de los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio, aprobado por la Asamblea Legislativa, a los 9 días del mes de Noviembre de 1995, publicado en el Diario Oficial N° 228, Tomo 329, del 8 de Diciembre de 1995.

ANEXOS

CF01- 52-A-2001

CÁMARA DE FAMILIA DE LA SECCIÓN DEL CENTRO: SAN SALVADOR, A LAS DOCE HORAS Y CINCO MINUTOS DEL DÍA CUATRO DE ENERO DE DOS MIL DOS.

VISTOS en apelación los autos caratulados -----
-----, mayor de edad, empleado, de los domicilios de Nueva San Salvador, departamento de La Libertad y de San Francisco, Estado de California, Estados Unidos de América, contra -----, conocida por ----
-----, mayor de edad, estudiante, de este domicilio, sobre IMPUGNACIÓN PREVENTIVA DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL, promovida en el JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE SAN SALVADOR, a cargo de la licenciada EVELYN ROXANA NÚÑEZ FRANCO, ha recaído interlocutoria a fs. 6 de la pieza principal que, en lo medular, dice: "...Recházase la demanda, in limine litis, por ser manifiestamente improponible por existir error en la proposición debido a cuestiones de fondo que se traducen en vicios del objeto, el cual no es jurídicamente ni físicamente posible...".

Han intervenido en este proceso los licenciados PEDRO ACOSTA AYALA SASO, apoderado del demandante y hoy impetrante, y -----
-----, en su calidad de Procurador de Familia adscrito al Tribunal de origen. A esta Cámara no han comparecido éstos. El expediente ingresó en fecha cinco de junio del año recién pasado.

Cumplidos los requisitos que habilitan la apertura de esta instancia, la cuestión que motiva nuestro conocimiento es la siguiente: ¿Puede demandarse preventivamente la impugnación de la paternidad matrimonial de un hijo concebido nonato?.

I. La Jueza a quo en la resolución impugnada, ha sostenido que la presunción legal de la paternidad contenida en el art. 141 C. F., se refiere a que los hijos nacidos después de la celebración del matrimonio se presumen del marido; es decir, que la Ley reconoce la paternidad si existe un vínculo matrimonial que une a sus progenitores, siendo por tanto claro el sentido de la ley, en el hecho que no puede presumirse la paternidad sobre un hijo no nacido. Además, señala que el art. 1Cn., por el cual se reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción, concede la capacidad de goce de sus derechos mas no el ejercicio de los mismos, los que estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe, conforme al art. 75 C.C.. En este hilo de ideas, manifiesta que la presunción legal de paternidad aprovecha al hijo en cuyo interés se ha establecido, según los arts. 1, 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño; Principio 3 de la Declaración de los Derechos del Niño y 140, 141, 142; 351, ordinales 3º] y 4º] C. F., por lo cual dicha paternidad puede atribuirse sobre un hijo no nacido y reconocerse por los medios legales establecidos, pero no presumirse. Finalmente, en abono de su tesis, argumenta que tratándose del nasciturus es improcedente ordenar las pruebas biológicas para determinar la paternidad, ya que no existen los medios útiles y pertinentes a tal efecto.

II. El apelante se agravia a fs. 8/9 de la pieza principal, indicando en su memorial, que uno de los casos en que se le atribuye al padre la pretendida paternidad es el contemplado en el art. 141, inc. 1 C. F.. Que nuestro ordenamiento jurídico reconoce como persona a todo ser humano desde el momento de la concepción, según el art. 1 Cn.; de ahí que éste sea considerado un sujeto de derechos, pudiéndose ordenar todas las pruebas pertinentes a fin de determinar esos derechos. Que el art. 152 C. F., que señala el plazo de caducidad de la impugnación de la paternidad matrimonial, no hace distingo alguno sobre si el hijo ha nacido o está concebido; por lo que en virtud del principio de la igualdad jurídica, la madre puede pedir el reconocimiento del hijo que está por nacer (art. 144 C. F.), lo mismo puede decirse para el caso que el marido pueda impugnar la paternidad que se le atribuye sobre el hijo nascituro. Que el art. 140 L. Pr. F., admite la práctica de las pruebas científicas para establecer la paternidad y la maternidad, sin fijar un plazo determinado para su producción. Por último, solicita se admita este recurso con base en los términos ya expresados.

III. Para resolver el caso sub judice conviene destacar el marco jurídico que resulta aplicable respecto a la cuestión; en primer lugar, en lo que atañe a la posibilidad de demandar a una persona que está por nacer y, finalmente, sobre la procedencia en concreto de la impugnación preventiva de la paternidad matrimonial de un hijo concebido nonato.

Así tenemos que en el ordenamiento jurídico interno, la más reciente reforma constitucional del art. 1, inc. 2, supone un cambio trascendental en cuanto "...reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción" (Diario Oficial N° 32, Tomo 342, de 16/2/999). Ello concuerda con importantes disposiciones de instrumentos internacionales ratificados por el Estado de El Salvador, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica (D. O. N° 113, Tomo N° 259, de 19/6/78), que en el art. 4.1 establece que "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción..." y la Convención sobre los Derechos del Niño (D. O. N° 108, Tomo N° 307, de 9/5/90), en cuyo art. 1 "...se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad...".

La doctrina costarricense, indica que la Convención sobre los Derechos del Niño consolida un cambio paradigmático: el de la protección integral del niño, entendiéndose en ella por niño todo ser humano menor de dieciocho años, que incluye como niño también al concebido, no nacido todavía, de modo que también se de una protección integral desde el punto de vista cronológico; por lo que desde esta opinión, es importante entender que la palabra niño comprende diversas categorías, cada una de las cuales tiene derechos particulares: los concebidos, los impúberes, los adolescentes y aún los jóvenes. Todos ellos entran, en cuanto sean menores de dieciocho años, dentro del concepto de "niño" de la Convención sobre los Derechos del Niño (conf. PÉREZ VARGAS, Víctor, Los nuevos paradigmas y los derechos del concebido como persona, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída Rosa (coordinadora), El derecho de familia y los nuevos paradigmas, Tomo II, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2000, págs. 244 y 262).

El Código de Familia, sancionado posteriormente a los instrumentos internacionales mencionados (D. O. N° 231, Tomo N° 321, de 13/12/93), adopta un cambio legislativo en tanto reconoce en la definición de menor edad a "toda persona natural que no hubiere cumplido dieciocho años" (art. 345), regulando así sus derechos y la protección integral desde la concepción (cfr. arts. 344, inc. 1; 346, inc. 1; 351, ord 2°] y 353). Respecto al hijo no nacido, dispone que el padre podrá reconocer al hijo concebido por cualquiera de los medios establecidos en el Código que fueren aplicables (art. 144), y en cuanto a la administración de los bienes que "eventualmente pertenecerán al hijo que está por nacer", señala que corresponderá a los padres o la madre, en su caso, con las mismas facultades y restricciones que impone el Código respecto a los hijos nacidos (art. 238).

Nuestra legislación desde antiguo ha reconocido la protección de la vida del que está por nacer, facultando a los Jueces tomar todas las providencias que les parezcan convenientes para tal fin; sin embargo, esa protección si bien limitada al derecho esencial de la vida, no lo ha sido respecto a la protección integral de los otros derechos. De ahí que para el Código Civil (1860), la existencia legal de toda persona iniciaba al nacer, conforme al art. 72; siguiendo en esto la línea codificada de BELLO, en el art. 74 del Código Civil chileno, que adoptó idéntico criterio.

La reforma constitucional de mil novecientos noventa y nueve trastocó el centro del ordenamiento jurídico nacional, al reconocer la existencia legal de la persona humana a partir de su concepción, con lo cual indefectiblemente ésta puede adquirir los derechos que a ella se refieran, sin que los mismos estén suspensos hasta que el nacimiento se efectúe, como señalaba la regla del art. 75 Cód. Civil, hoy derogada por aplicación del mandato constitucional; en cuyo caso tendrá lugar la representación de las personas por nacer, por sus padres.

IV. El derecho de familia es sensible a diversos impulsos reformistas que, al decir de SAVATER décadas atrás, pueden atribuirse a tres causas importantes, a saber: a) la transformación de la economía familiar; b) la dinámica liberadora del hombre; y c) el acceso científico a la biología humana (conf. cit. URIARTE, Jorge Alcides, Protección integral de los derechos de las personas. Equiparación de las personas con capacidades diferentes, en Derecho de Familia revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia 13, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 44).

En este orden, la doctrina de la protección integral del niño actualmente se define en fortalecer el reconocimiento del resguardo de los derechos humanos, basándose en el principio de inviolabilidad y dignidad de la vida humana, que alcanza la especial importancia de la consagración del concebido como sujeto de derechos, según las recomendaciones de la comisión N° 1 del X Congreso Internacional de Derecho de Familia (conf. Informes de las Comisiones, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. R., ob cit, Tomo III, pág. 295).

Es así como hoy se sostiene, citando entre otros al profesor CIFUENTES, que el ser humano es un ser imperfecto, pero perfectible, desde su concepción, con potencialidades específicas dependientes de su carga genética única; que el concebido "es ya criatura y

tiene características propias, conformación somática que le pertenece, un destino moral y espiritual propio, diferente al de sus progenitores". Por ello, diversos autores han hecho mención de algunos derechos del concebido, destacándose entre otros: adquirir bienes por donación; adquirir bienes por herencia; ser beneficiario de una carga impuesta a una donación de otros herederos o legatorios; adquirir los derechos y obligaciones accesorias de los que adquiriera como principales; reclamar alimentos; reclamar la filiación; ser beneficiario de indemnizaciones o pensiones; y ser beneficiario de estipulaciones a su favor, por ejemplo de un seguro de vida. Lo cierto es que, como se sostiene, la lista no tendría fin desde que el concebido es titular en parte actual y en buena parte potencial de todos los derechos patrimoniales y personales de cualquier ser humano (conf. PÉREZ VARGAS, V., ob cit., pág. 251).

V. Sobre la procedencia de la impugnación de la paternidad matrimonial, el art. 151 C. F. establece que "En vida del marido nadie podrá impugnar la paternidad que por ley se le atribuye, sino el marido mismo probando que el hijo no ha podido ser engendrado por él; salvo el caso de la acción del hijo cuando ejerza su derecho a investigar la paternidad de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 138 y 139". Esta pretensión de impugnación, también llamada de desconocimiento de la paternidad matrimonial, tiene como finalidad desplazar la filiación que viene otorgada por la aplicación de la presunción legal contenida en el art. 141 C. F.. Dicho precepto indica que "Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o declaratoria de nulidad. Esta presunción también tendrá lugar en caso de nulidad del matrimonio, aun cuando faltare la buena fe de ambos cónyuges. Con todo, la presunción establecida en este artículo no será aplicable cuando los cónyuges hubieren estado separados por más de un año y el hijo fuere reconocido por persona diferente del padre".

En la especie, la demanda se limita en señalar que se trata de promover una impugnación de la paternidad, según los arts. 151 y siguientes C. F., manifestándose que los cónyuges "... han tenido una irregular relación como pareja, desde que contrajeron matrimonio por situaciones de trabajo (sic.), lo que permitía una separación durante lapsos largos de tiempo, complicándose dicha circunstancia..." porque el demandante fue trasladado en forma permanente a las oficinas de la empresa donde trabaja, situadas en la ciudad de San Francisco, Estado de California, Estados Unidos de América, desde mediados de mil novecientos noventa y siete; lo que ha dado por resultado una separación con esporádicos encuentros conyugales, desapareciendo totalmente las relaciones sexuales a partir del mes de julio del año recién pasado. Que los esposos durante el tiempo que hicieron vida en común nunca fijaron una residencia estable, por los motivos de trabajo ya indicados, y que el demandante se enteró que su esposa se encuentra en estado de gravidez (no dice cuántos meses), mencionando que dicho embarazo no es producto de las relaciones sexuales entre ambos cónyuges, razón por la que finalmente ha decidido iniciar este proceso.

VI. La presunción de que se trata, conocida tradicionalmente por su locución latina *pater is est quem nuptiae demonstrant*, constituye una presunción legal como todas aquellas

relativas al estado de familia que significó la concreción de la vieja máxima de Paulo, quien afirmaba que "la paternidad del hombre es la que demostrara el matrimonio con la madre". La legitimación se otorga respecto al marido, desde que éste se encuentra dotado de indiscutible derecho, en la medida que "a él le corresponde velar por la integridad y el honor de su familia, bienes cuya custodia no compete a terceros" (conf. MAZZINGHI, Jorge Adolfo, Derecho de familia, Tomo III, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, pág. 254) y por ser él la persona que se encuentra en mejores condiciones de conocer si el hijo de su esposa es o no suyo, en aplicación de la razón particular que expresaba que "sólo el marido puede ser Juez de su propia paternidad; ya que él es el único en posibilidad de saber si la presunción que la ley establece en su contra, es o no fundada (conf. PLANIOL- RIPERT, Derecho civil, Pereznieta Castro traductor, Harla, México, 1997, pág 208).

La aplicación de esta clásica fórmula pauliana comporta una opción legislativa útil en la práctica y sólo excepcionalmente no acorde con el hecho biológico, que satisface el interés social de protección de la familia constituida; el interés del nacido y que se basa en las relaciones sexuales o la cohabitación presunta antes del matrimonio o pendiente el mismo. En ese sentido, se ha dicho que la presunción legal resulta valiosa desde el punto de vista ético como consecuencia de los deberes conyugales, y sólo la falta de cohabitación justifica que no se comporte la presunción de la paternidad del marido, en tanto que es imposible o cabe suponer que no se ha dado conforme a las circunstancias ordinarias (conf. MÉNDEZ COSTA, María Josefa, La filiación, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 1986, págs. 163/165). En igual sentido, se afirma que la presunción de paternidad matrimonial descansa en un presupuesto de regularidad social que se traduce en contenidos éticos que dan sentido a la institución del matrimonio mismo (conf. ZANNONI, Eduardo y BOSSERT, Gustavo, Hijos legítimos, Astrea, Buenos Aires, pág. 246).

Lo expuesto hasta aquí no desdice que la ley establezca un plazo de caducidad de noventa días desde aquel en que el marido tuvo conocimiento de la paternidad que por ley se le atribuye (art. 152, inc. 1 C. F.). Dicho precepto a la letra reza: "La acción que tiene el marido para impugnar la paternidad del hijo que pasa por suyo, caduca transcurridos noventa días contados desde aquel en que tuvo conocimiento de la paternidad que por ley se le atribuye". La tésis de la ley, no cabe duda, habría sido que la pretensión de impugnación de la paternidad matrimonial sólo tenga lugar desde el nacimiento del hijo, como se desprende de las expresiones "la residencia del marido en el lugar del nacimiento del hijo" y "si el (al) tiempo del nacimiento se hallare el marido ausente", contenidas en los incisos 2 y 3 de la citada disposición, pero no antes del nacimiento.

VII. Aunque en el título de la filiación del Código de Familia, no se encuentre norma alguna que autorice expresamente la circunstancia de autos, propiciando un vacío de ley - de acuerdo al estado actual de nuestro ordenamiento jurídico-, la pretensión encaminada a desconocer de forma preventiva la presunción de la paternidad matrimonial, resulta proponible si consultamos el nuevo régimen instaurado desde la reforma constitucional

de las personas que están por nacer y el deber de los jueces de resolver los asuntos sometidos a su decisión, no obstante oscuridad, insuficiencia o vacío legal, del art. 7, letra j) L. Pr. F..

En este razonamiento, al atender que la existencia legal de la persona comienza desde su concepción, conforme a las disposiciones supralegales antes señaladas; estimamos que debe legitimarse al presunto padre para ejercer la pretensión destinada, preventivamente, a impedir que se le atribuya un vínculo de paternidad que no corresponde con la verdad biológica alegada.

VIII. El principio de la igualdad jurídica esgrimido por el apelante, contenido en el art. 3, inc. 1 Cn., dispone que "Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión". Este precepto del ordenamiento constitucional que prohíbe, en efecto, la discriminación, no lo es respecto a la diferenciación entre situaciones objetivamente distintas; pues de la manera como se ha sostenido, "la igualdad de todas las personas ante la ley no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias" (conf. GONZÁLEZ, Joaquín V., Manual de la Constitución Argentina, Estrada Editores 1898, Buenos Aires, pág. 126).

En ese hilo, la paternidad -según el Código- puede establecerse aún por reconocimiento del hijo no nacido (art. 144), pero nada dice respecto de que el marido pueda impugnar la paternidad que por ley se le atribuye, antes del nacimiento del vástago.

Como sea, el derecho a reclamar su filiación la tiene el hijo concebido nonato, por lo que de lege lata pueden admitirse tanto las pretensiones de emplazamiento y desplazamiento de la paternidad, una vez resulte ésta última de la aplicación de la presunción legal contenida en el art. 141, inc. 1 C. F., habida cuenta de la prevalencia de los valores de rango superior como son la veracidad de la paternidad (favor veritas) y la protección de la minoridad (favor minoris), en los que se incardina la necesidad de salvaguardar la identidad e integrar al niño o niña al grupo familiar al que realmente pertenece.

IX. Con relación a este ejercicio de la impugnación preventiva de la paternidad matrimonial, la doctrina enseña que el único sujeto pasivo es la madre de la persona por nacer (conf. MÉNDEZ COSTA, M. J., ob. cit., pág. 336). Sin embargo, reconocida la protección integral de los derechos de los niños y niñas, incluida la de las personas concebidas no nacidas; teniendo en cuenta la particular situación de la madre, a pesar de que ella ejerce la representación legal y previendo la existencia de conflictos de intereses entre la demandada y su hijo por nacer, debe autorizarse la intervención del Procurador General de la República para que represente al nasciturus del cual está embarazada la señora -----o -----, a fin de que la litis quede integrada con su representante, conforme a los arts. 223, inc. 2, ord. 3º; 224 y 388 C. F..

La pretensión dirigida a desplazar al hijo concebido por la demandada del vínculo filial paterno que, eventualmente, y por imperio del art. 141, inc. 1 C. F., se le atribuiría respecto del demandante en caso de nacer, ha sido calificada por la doctrina como una mera facultad del marido, "de manera que no puede constreñirse al marido a quebrar la armonía conyugal" (conf. ZANNONI, E. y BOSSERT, G. Régimen legal de filiación y patria potestad, Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 171) y cuya falta de ejercicio no implica pérdida de ningún derecho (conf. BELLUSCIO, Augusto César, Manual de derecho de familia, Tomo II, Depalma, Buenos Aires, 1996, pág. 221); por lo que en consecuencia de lo dicho, tampoco corre el plazo de caducidad dispuesto en el art. 152 C. F..

Respecto a la extinción de la pretensión existen dos corrientes doctrinarias, por un lado, la que sostiene que el nacimiento del hijo extingue la pretensión (conf. MÉNDEZ COSTA, M. J., ob. cit, pág. 337); mientras que desde otra posición se afirma que nada impide el ejercicio de la misma después del nacimiento, en tanto sea individualizado el hijo demandado (conf. ZANNONI, E. y BOSSERT, G., Régimen legal ..., pág. 172).

Adhiriéndonos a la segunda opinión para el caso que haya nacido el hijo que, sin embargo no ha sido inscrito como hijo de la esposa y que, por ende carece de título de estado oponible respecto del marido de ella; en cualquier situación, debe señalarse que si la pretensión es rechazada la inscripción del nacimiento producirá sus efectos normales y el marido tendrá a su disposición la vía de la impugnación de la paternidad, expresamente regulada en los arts. 151 y 152 C. F.; en cambio, si la pretensión obtiene sentencia favorable, la inscripción del nacimiento no hará presumir la paternidad atribuida al marido: el hijo será reputado extramatrimonial de la madre procediendo su reconocimiento por el padre o el ejercicio de la pretensión de reclamación de la filiación extramatrimonial.

X. La excepción a la vigencia de la presunción de la paternidad matrimonial, contenida en el art. 141, inc. 3 C. F., dispone que "...no será aplicable (la presunción) cuando los cónyuges hubieran estado separados por más de un año y el hijo fuere reconocido por persona diferente del padre". Considerando lo anterior, la doctrina nacional sostiene que tales circunstancias hacen que la presunción se aplique en sentido contrario (CALDERON DE BUITRAGO, Anita; BONILLA DE AVELAR, Emma Dinorah y otros, Manual de derecho de familia, Centro de Investigación y Capacitación. Proyecto de Reforma Judicial, 1994, pág. 481).

Lo dicho no debe confundirse para que la impugnación preventiva de la paternidad matrimonial, tenga lugar por los hechos que menciona el art. 141, inc. 3 C. F., toda vez que para demostrar las circunstancias posiblemente obstativas de la paternidad del marido, podrán invocarse, entre otras, la ausencia, enfermedad, esterilidad, haber sido la madre inseminada por un extraño o haber faltado al deber de fidelidad conyugal.

XI. Por último, en el derecho comparado, la posibilidad de impugnar preventivamente la paternidad matrimonial del nascituro, se encuentra regulada en el art. 258, inc. 1 del Cód. Civil argentino (ley 23. 264, de "Patria potestad compartida. Equiparación del hijos

extramatrimoniales", publicada en Boletín Oficial de 23/11/85), por el cual se establece que "... Aun antes del nacimiento del hijo, el marido o sus herederos podrán impugnar preventivamente la paternidad del hijo por nacer. En tal caso la inscripción del nacimiento posterior no hará presumir la paternidad del marido de la madre sino en caso de que la acción fuese rechazada. En todos los casos del presente artículo, para la admisión de la demanda se deberá acreditar previamente la verosimilitud de los hechos en que se funda".

Este desconocimiento preventivo del hijo por nacer atiende a la circunstancia que, en el derecho argentino, la existencia de las personas comienza desde su concepción conforme al art. 70 del Cód. Civil, mientras puede constituir un medio eficaz para que en el futuro llegue a configurarse la presunción legal de paternidad.

En América Latina, los grandes codificadores como FREITAS y Dalmacio VÉLEZ SÁRSFIELD, se preocuparon desde entonces por la dignificación del concebido como ser humano, desde su concepción. Para el primero, "no se concibe que haya ente susceptible de adquirir derechos sin que haya persona". En cambio, en la nota del codificador al art. 63 del Cód. Civil argentino (1869), VÉLEZ dispuso que "las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre". Por cierto que en esa nota, critica el art. 74 del Cód. chileno, que sirvió de fuente a nuestro codificador Isidro MENÉNDEZ, indicando que si la existencia legal de toda persona principia al nacer; "si los que aún no han nacido no son personas, ¿por qué las leyes castigan el aborto premeditado? ¿por qué no se puede ejecutar una pena en una mujer embarazada?". Esta sabia nota del codificador argentino, considerada desde antiguo por los Digestos 1, 5, 7 de Paulo, recogen la fórmula de "quien está en el útero es considerado como si ya estuviera entre los humanos, todas las veces que se trata del provecho del feto mismo, aún cuando de ningún modo puede beneficiar a otro antes que nazca"; texto que junto con el contenido en el Digesto 50, 16, 231 originó el adagio *infans conceptus pro nato habetur quotiens de commodis eius agitur*, que se traduce en "la persona por nacer se reputa nacida siempre que se trate de su utilidad" y el similar *nasciturus pro iam nato habetur, si de ius commodo agitur*, forma latina que en su traducción significa "la persona por nacer se considera ya como nacida, cuando se trata de su ventaja" (conf. PETTIGIANI, Eduardo Julio, El suministro de alimentos a la mujer embarazada, en Derecho de familia revista interdisciplinara de doctrina y jurisprudencia 13, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 86).

En consecuencia de lo anterior, a la cuestión que motivó nuestro conocimiento, suscribimos por la afirmativa, en el sentido que puede demandarse preventivamente la impugnación de la paternidad matrimonial de un hijo concebido nonato, como se reclama en la especie, debiéndose además integrar el contradictorio con el Procurador General de la República para que represente al nascituro.

Por tanto, de conformidad a lo expuesto y en aplicación a los arts. 1, inc 2; 3, inc. 1 y 144 Cn.; 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 141, 144, 151, 152; 223, inc. 2, ord. 3º]; 224; 344, inc. 1;

345; 346, inc. 1; 351, ord. 2º]; 353 y 388 C. F.; 7, letra f]; 82; 153, letra a]; 156, 158, 160, 161 y 218 L. Pr. F.; 72 y 75 C. C.; 417 y 418 C. Pr. C., esta Cámara RESUELVE: 1) Revócase la providencia que declara improponible la pretensión de fs. 6 de la pieza principal, por estar contraria a derecho. 2) Admítase la demanda interpuesta por el señor ----- . Désele el trámite de ley; debiéndose integrar al contradictorio al Procurador General de República para la representación de los derechos del "nascituro". Devuélvase originales al Tribunal remitente con certificación de esta resolución. Notifíquese. **PROVEÍDO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS: DOCTOR JOSÉ ARCADIO SÁNCHEZ VALENCIA, LICDA. RHINA ELIZABETH RAMOS GONZÁLEZ (en Disidencia). Y DR. PABLO EDGARDO PORTILLO HURTADO**

VOTO RAZONADO DE LA LICENCIADA RHINA ELIZABETH RAMOS GONZÁLEZ.

No he concurrido con mi voto a formar la sentencia anterior, de conformidad a los Arts. 1083 Pr. C. y 218 L. Pr. F. por las razones que a continuación expongo.

Se declaró improponible la demanda de impugnación de paternidad de un hijo matrimonial aún no nacido entablada por el señor ----- por medio de su apoderado PEDRO ACOSTA AYALA SASO contra la señora MARÍA ----- conocida por -----

-----, por considerar que tal demanda prospera solo en el caso de los hijos ya nacidos y dentro de los plazos estipulados por la ley, aún cuando el art. 1 Cn. reconoce la calidad de persona humana al que está por nacer. Art. 197 Pr. C., 40 L. Pr. F., 75 C. C., 141, 142 y 151 C. F.

Es mi opinión que la demanda al momento de su presentación era improcedente, ya que la pretensión deducida resulta jurídica y materialmente imposible de realizar dadas las circunstancias de su proposición; por las razones siguientes:

1) Ciertamente el art. 1 Inc. 2º Cn reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción, no obstante, es innegable que en la práctica no pueden efectivizarse todos los derechos que como tal le corresponden, atendiendo a las circunstancias específicas de su condición biológica en ese particular momento. Es por ello que generalmente se acepta sin mayores cuestionamientos la capacidad de goce que les asiste a los nonatos, pero en cuanto al ejercicio de sus derechos resultan poco factibles de ejecución en algunos casos como el que ahora nos ocupa, ya que presenta una serie de dificultades como son: a) La imposibilidad de efectuar la prueba biológica idónea (A. D. N.), por no contar con los adelantos tecnológicos para su realización existentes en otros países y aún en estos casos tales pruebas significan siempre algún riesgo tanto para el hijo como para la madre; b) La inseguridad de que el hijo por nacer llegue a término y nazca vivo; c) La privación al no nacido antes del alumbramiento de los alimentos y gastos del parto que debe proporcionarle el cónyuge a la madre, aplicando analógicamente el art. 249 C. F.; d) Priva al hijo antes de su nacimiento de la paternidad

que por ministerio de ley se le atribuye en razón del matrimonio de los cónyuges Art. 140 y ss. C. F.; e) Al interpretar que el no nacido pueda ser demandado le da prioridad a los derechos del padre.

2- El principio de igualdad jurídica planteado por el apelante en relación a lo dispuesto en el Art. 144 C. F. relativo al reconocimiento del hijo concebido y del hijo fallecido, son dos casos específicos expresamente contemplados en la ley. En el primer caso, el reconocimiento se materializará o no al acontecer el nacimiento del hijo; en el segundo caso, cuando el hijo reconocido ya no existe (fallecido) para asegurar los derechos de los descendientes -si los hubiere- del hijo premuerto.

Es de mencionar que en los casos del Art. 146 y 249 C. F. cuando la mujer embarazada pide el reconocimiento del hijo por nacer, así como también cuando solicita alimentos en razón de su estado ejerce tales derechos personalmente y no en representación del nascituro haciendo constar su situación de preñez. En tal sentido el reconocimiento se efectivizará cuando el hijo nazca y en el caso específico de los alimentos es la madre quien directamente por su misma condición de embarazo naturalmente los gozará, aún cuando el hijo no haya nacido. Sin perjuicio del derecho a restitución entre otros, en caso de prosperar la impugnación de paternidad y que de mala fe se hubieren solicitado. Art. 225 C. F..

En conclusión el hijo por nacer no puede ser registrado antes de su nacimiento, no obstante que la madre pueda ejercer personalmente algunas acciones encaminadas precisamente a protegerle en sus derechos y no a la inversa como sería el caso de impugnación preventiva de la paternidad matrimonial no reconocida expresamente en nuestra legislación.

Si tomásemos en términos absolutos el ejercicio de los derechos del no nacido en su condición de persona, implicaría la reforma de muchas leyes incluyendo el Código Penal, sustituyendo el delito de aborto por el de homicidio. etc.

3) La interpretación y aplicación de las normas relativas a la impugnación de la paternidad en la forma en que ha quedado plasmada, carecerían de aplicabilidad práctica, limitan la aportación del material probatorio y la sentencia no podría ejecutarse, es decir, no podría inscribirse en el registro del Estado Familiar, no sólo porque no está contemplado en la ley sino además, por no saber donde ni cuando acontecerá o ha acontecido el nacimiento y en consecuencia donde debe registrarse. Deberá en todo caso iniciarse un nuevo proceso de impugnación cuando el hijo hubiese sido inscrito con la paternidad que por ley se le atribuye con el inútil dispendio de la actividad judicial. Igual sucederá en el caso de no prosperar la acción preventiva de impugnación de paternidad, pudiendo el padre ejercer la acción contra el hijo cuando éste hubiere nacido.

En ese sentido, es el interesado quien al demostrar la existencia del hijo, podrá promover la acción y para que ésta prospere deberá adecuarlo al Art. 152 Inc. 3° C. F., ya que tal disposición no plantea el caso de que sea la madre la que se ausentare. El conocimiento

entonces, sobre el hecho del nacimiento por parte del demandado se tomará a partir de la certeza del mismo y su acreditación como tal.

4) No cabe ninguna duda que el reconocimiento de la persona humana desde el momento de la concepción supone principalmente una protección a la vida del que está por nacer tanto en la legislación nacional como internacional contenida en los respectivos pactos y convenciones incorporados a su vez al derecho interno, en tal sentido debe analizarse si el hecho de que pueda demandarse a éste cabe dentro de la mencionada protección, lo cual resulta dudoso sobre todo si el proceso puede iniciarse posteriormente a su nacimiento, de ahí que la urgencia de su tramitación no favorece en nada al no nacido. En este tipo de procesos deberá además demandarse a la madre ya que también a ella podría afectarle particularmente el resultado de la sentencia, quien además no podría representar al hijo por no contar con el documento idóneo para acreditar dicha representación. El hijo en todo caso, sería representado por el Procurador General de la República Art. 223 Ord. 3° y 224 C. F.

Por lo anteriormente expuesto, considero que no se vulnera el derecho del hijo a conocer su verdadero origen al no acogerse la acción preventiva de impugnación de paternidad, puesto que queda a salvo el derecho del padre y el del hijo para intentarlo oportunamente, respecto del padre al acontecer el nacimiento, de acuerdo a los Art. 140, 141, 142, 153 C. F. En el caso del hijo tal derecho es imprescriptible Art. 139 C. F. tramitar la pretensión en las circunstancias ya dichas, más que una protección implica una desprotección al hijo por nacer, cuya paternidad deviene por ministerio de ley en razón del matrimonio de los cónyuges, garantizándole así una serie de derechos. Arts. 346, 351 N° 2°, 3°, 4° y 140 C. F. La paternidad no obstante, puede impugnarse al acaecer el nacimiento y por la connotación que tiene su desplazamiento el plazo que se concede para promoverla es breve Art. 52 C. F. contado a partir del conocimiento real y concreto del nacimiento del hijo. **LIC. RHINA ELIZABETH RAMOS GONZÁLEZ.**