

ROBERTO ROMERO CARRILLO
Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales
Profesor de las Facultades de Derecho
de la Universidad del El Salvador, de
la Universidad Nueva San Salvador y
de la Universidad Salvadoreña Alberto
Masferrer

NOCIONES
DE
DERECHO
HEREDITARIO

2a. Edición Revisada
y aumentada.

1988

SAN SALVADOR

EL SALVADOR, C.A.

INDICE

CAPITULO I

LA SUCESION MORTIS CAUSA

1. El derecho de sucesión
2. Los términos sucesión, herencia, causante y causahabientes, sucesores o asignatarios
3. Asignatarios a título universal
4. Asignatarios a título singular
5. Derechos y obligaciones transmisibles e intransmisibles
6. Fundamento constitucional y legal del derecho hereditario
7. Fundamentos jurídico-filosóficos

CAPITULO II

NATURALEZA DEL DERECHO DE SUCESION

8. Relación jurídica sucesoria
9. Sujetos de la relación
10. Objeto
11. Causa
12. Acto jurídico
13. Ley que rige la sucesión

CAPITULO III

REQUISITOS PARA SUCEDER

14. Requisitos subjetivos y requisitos objetivos
15. Capacidad
16. Características de las incapacidades
17. Cómo puede adquirir una asignación un incapaz
18. Dignidad
19. Características de las indignidades

CAPITULO IV

TRANSMISION DE LA HERENCIA

20. Apertura de la sucesión
21. Vocación sucesoria
22. Delación y deferimiento
23. Opciones del asignatario
24. Transmisión del derecho de opción o derecho de transmisión
25. Caso de los comurientes

CAPITULO V

LOS ACERVOS

26. Acervo bruto
27. Acervo ilíquido
28. Acervo líquido
29. Otros acervos

CAPITULO VI

CLASES DE SUCESION

30. Sucesión abintestato, intestada o legítima
31. Sucesión ordinaria
32. Sucesión anómala
33. Sucesión testamentaria
34. Sucesión parte testada y parte intestada
35. Sucesión contractual

CAPITULO VII

SUCESION INTESTADA, ABINTESTATO O LEGITIMA

36. Causas que dan origen a la sucesión intestada
37. El origen de los bienes para reglar la sucesión intestada o gravarla con restituciones y reservas
38. El sexo y la primogenitura en la sucesión intestada
39. Los órdenes de la sucesión intestada
40. Derecho personal y derecho de representación

41. La stirpe
42. Representación en la línea recta
43. Representación en la línea colateral
44. Los extranjeros en relación a la sucesión intestada

CAPITULO VIII

SUCESION TESTAMENTARIA

45. Etimología y concepto de testamento
46. Testamento en sentido formal y testamento en sentido material
47. Características del testamento
48. Elementos del testamento
49. Formas testamentarias
50. Formalidades de los testamentos solemnes en la legislación salvadoreña
51. De los testamentos abiertos
52. De los testamentos cerrados
53. Obligaciones del notario o funcionario que autoriza un testamento
54. Testamento otorgado en el extranjero
55. Apertura del testamento cerrado
56. Testamento militar y marítimo

CAPITULO IX

ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS

57. Certidumbre y determinación del asignatario
58. Requisitos objetivos
59. Otras reglas generales
60. Asignaciones a título universal
61. Herederos de remanente
62. Asignaciones a título singular
63. Asignaciones condicionales
64. Asignaciones a día
65. Asignaciones sujetas a modo o sub-modo
66. La asignación forzosa alimenticia
67. Asignaciones alimenticias
68. Instituciones de viceherederos y vicelegatarios: sustitución
69. Sustitución vulgar

70. Casos de aplicación
71. Sustitución recíproca
72. otras sustituciones
73. Asignatarios conjuntos. Acrecimiento
74. Revocación del testamento

CAPITULO X

ACEPTACION Y REPUDIACION DE LAS ASIGNACIONES

75. Reglas generales
76. Ejercicio provocado del derecho de opción
77. Revocación de la aceptación y de la repudiación
78. Repudiación en perjuicio de acreedores
79. Efectos de la aceptación y de la repudiación
80. Formas de la aceptación
81. Aceptación pura y simple y con beneficio de inventario
82. El inventario
83. Aceptación judicial de la herencia
84. Historia del artículo 1166 C.
85. Repudiación de herencia
86. Aceptación ante notario
87. Herencia vacante y herencia yacente

CAPITULO XI

DEL DOMINIO DE LA HERENCIA Y DE LOS LEGADOS

88. Cómo se adquiere el dominio de la herencia
89. Cesión del derecho de herencia
90. Cómo se adquiere el dominio de los legados

CAPITULO XII

POSESION HEREDITARIA

91. Posesión legal y posesión efectiva
92. Posesión material

CAPITULO XIII

ACCIONES Y OBLIGACIONES DEL HEREDERO

93. Acciones posesorias y petitorias
94. Petición de herencia
95. Acción reivindicatoria
96. Ejecutores testamentarios
97. Pago de deudas hereditarias
98. Pago de cargas testamentarias
99. Beneficio de separación de bienes

CAPITULO XIV

DE LAS DONACIONES POR CAUSA DE MUERTE

100. Breve historia
101. Formalidades de la donación revocable
102. Capacidad para donar por causa de muerte
103. Equiparación de las donaciones revocables
104. Donaciones por causa de matrimonio

CAPITULO XV

DE LAS DONACIONES ENTRE VIVOS

105. Carácter jurídico
106. Capacidad para hacer y para recibir donaciones
107. Requisito esencial para que exista donación
108. Formalidades de la donación entre vivos
109. Clasificación
110. Caso de revocación de la donación entre vivos

CAPITULO XVI

PLURALIDAD DE HEREDEROS

111. Indivisión hereditaria
112. Derechos y obligaciones de los indivisarios
113. Fin de la indivisión hereditaria

CAPITULO XVII

PARTICION

- 114. Efectos de la partición
- 115. Quiénes pueden hacer la partición
- 116. Partición verificada por el causante
- 117. Partición verificada por los herederos
- 118. División de los frutos
- 119. Obligación de garantía en las particiones
- 120. Partición extrajudicial
- 121. Partición mixta

CAPITULO I La Sucesión Mortis Causa

1. EL DERECHO DE SUCESION. Uno de los atributos de la personalidad es el patrimonio. Toda persona por el mismo hecho de serlo, es titular de un conjunto de bienes, derechos, acciones y obligaciones, estimables en dinero, o al menos posee la actitud para adquirirlos. A este conjunto se le concibe como un ente abstracto, ideal, de naturaleza meramente intelectual, incorpóreo, distinto de sus elementos individualmente considerados, los cuales no se pueden reunir materialmente; es, pues, una universalidad creada por el derecho, una *universalidad jurídica*. Por lo mismo, tampoco se puede dividir materialmente, sólo en cuotas de la misma naturaleza abstracta, ideal, sin referencia alguna a las cosas que componen cada una a las cuotas.

Esta noción es la del patrimonio económico, pecuniario, que es el que interesa para efectos de la sucesión por causa de muerte; porque toda persona también tiene un patrimonio moral, que está constituido por los derechos que protegen su personalidad, derechos inherentes a la persona, que no son susceptibles de apreciación pecuniaria, son absolutos, inalienables e imprescriptibles, están fuera del patrimonio económico y por consiguiente del comercio, no siendo entonces transmisibles, tal es el derecho al honor, al nombre a la honestidad, a la integridad moral, a la propia imagen.

Se le atribuye al patrimonio la característica de ser único, lo que significa que cada persona no puede tener más que uno, según la teoría de Aubry y Rau (Ociave Aubry y Federico Carlos Rau); sin embargo, por razones

prácticas, actualmente se acepta la existencia de patrimonios especiales de los cuales puede ser titular una misma persona, sólo para explicar ciertos actos de la vida jurídica, como el patrimonio familiar, el Bien de Familia, pero sin que por ello deje de ser cierta la teoría de la unidad del patrimonio, porque los patrimonios especiales, referidos únicamente a la persona de su titular, forman una unidad.

El patrimonio no es susceptible de transferirse, esto es, no puede ser objeto de ningún acto jurídico entre vivos, sólo lo es de transmitirse, o sea, de cambiar de dueño únicamente por muerte del antecesor, porque cuando su titular fallece aquél no puede quedar abandonado, expuesto a ser adquirido por el primer ocupante, ya que esto trastornaría las relaciones jurídicas de que sus elementos, individualmente considerados, habían sido objeto; es necesario que su propiedad, a la muerte de aquél a quien pertenecía, pase a otros u otros, a fin de que aquellas relaciones no se interrumpan, no sufran solución de continuidad.

Ocurre a veces que las reglas a que estará sujeta la transmisión del patrimonio y los beneficiarios de esa transmisión, son determinados por su propietario; él dispone qué es lo que debe hacerse con su patrimonio después de su muerte, facultad que le corresponde como una consecuencia del derecho de propiedad que sobre el mismo tiene y que le reconocen y garantizan la Constitución Política y las leyes secundarias. Pero suele acontecer también que no se haga uso de tal facultad, y no obstante el patrimonio siempre será transmitido a la muerte de su propietario, siendo entonces la ley exclusivamente la que determina los requisitos de la transmisión y las personas en que han de radicarse los derechos y obligaciones que han quedado sin titular.

El término transmisión, jurídicamente hablando, significa el paso, el traslado de patrimonio del poder de una persona por *fallecimiento* de la misma, al de otra u otras personas; esto es, la transmisión implica una *sucesión* en el dominio del patrimonio, porque jurídicamente por suced se entiende sustituir a otro en lo relativo a sus derechos y obligaciones, continuar las relaciones jurídicas en que otro había intervenido, reputándose que el propio sustituyente fue quien adquirió esos derechos o contrajo esas obligaciones desde que nacieron a la vida jurídica. Así, *sucede* quien sustituye a otro en el dominio de una cosa singular, ya la adquiera a título oneroso ya gratuito, y *sucede* también quien sustituye a otro en el dominio de todo su patrimonio o de una cuota del mismo.

Siempre, pues, que alguien sustituye a otro jurídicamente existe una sucesión, no sólo porque haya fallecido el anterior titular de los derechos y obligaciones que son el objeto de una relación jurídica, o sea cuando hay

transmisión, sino también porque aquél los ha transferido, los ha traspaso por actos que se denominan entre vivos, esto es, celebrados sin que el acaecimiento de la muerte de alguno de los que en ellos han intervenido sea lo que lo que condicione su efectividad, sin que haya que esperar que se produzca el fallecimiento de una de las partes de la relación para que el traspaso se verifique. El traspaso del dominio que se verifica entre vivos se llama *transferencia*.

Se sucede entonces entre vivos y por causa de muerte. Pero entre estas dos clases de sucesión existe una diferencia fundamental, cual es la de que entre vivos solamente se puede suceder en bienes singularmente considerados, principio afirmado legalmente en una disposición que, aunque se encuentra en la reglamentación de la compra venta, es aplicable a todo acto o contrato que recaiga sobre el patrimonio como universalidad jurídica, que establece que es nula la venta de todos los bienes presentes o futuros o de unos y otros, ya se venda el total o una cuota, pero será válida la venta de todas las especies, géneros, y cantidades que se designen en contrato celebrado conforme a la ley, aunque se extienda a cuanto el vendedor posea o espere adquirir; y la razón de ello está en que si se vende el total o una cuota de los bienes, así en forma abstracta, equivaldría a vender el patrimonio; tampoco se puede transferir o sea traspasar entre vivos gratuitamente, los bienes futuros, como se verá al tratar de la donación entre vivos o irrevocable. Mientras que por causa de muerte no sólo se puede suceder en bienes singularmente considerados, sino en todo el patrimonio o en una parte o cuota de esa universalidad. Esto, unido al hecho de que el patrimonio siempre se transmite cuando la persona a quien pertenecía fallece, por su voluntad expresa o sin ella, ha determinado una mayor importancia de la sucesión por causa de muerte, o *mortis causa*, sobre la sucesión entre vivos; y por ello ha tenido que construirse todo un sistema por el que se regirá esa transmisión, se le ha dado una extensa reglamentación en el derecho positivo y se han elaborado principios doctrinarios sólo a ella aplicables, que han formado una disciplina jurídica especial.

Los principios, pues, legales y doctrinarios, que reglan la transmisión del patrimonio, constituyen el objeto de una de las ramas del Derecho Civil, que por haber tomado la palabra "sucesión" como un término propio y exclusivo, no obstante la acepción amplia que tiene, ha sido denominada "Derecho de Sucesión", "Derecho de Sucesiones" o "Derecho Sucesorio", también llamada, aunque más raramente, "Derecho Hereditario", esto porque al caudal relicto, al patrimonio dejado por el causante y que es transmitido, se le aplica el nombre de *herencia*, palabra que es connotativa de señorío, dominio.

2.- LOS TERMINOS SUCESION, HERENCIA, CAUSANTE Y CAUSAHABIENTES, SUCESORES O ASIGNATARIOS. Para la debida inteligencia de los términos o vocablos que como título encabezan este número, que tienen una importancia básica en esta materia y cuya debida comprensión facilitará la asimilación de sus complejas instituciones, daremos a continuación las acepciones propias de cada una de ellas y las que tienen según el lenguaje común y corriente y que en algunos casos acepta también la ley y la doctrina, según se verá.

La palabra 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. La sucesión es entonces un acto jurídico, o conlleva, lleva imbruto, un acto jurídico, que es la transmisión. Ese conjunto de bienes y obligaciones que se transmiten por causa de muerte, el patrimonio transmitido, también llamado caudal relicto (de relictum: dejado) que es el objeto de ese acto jurídico, es lo que recibe el nombre de herencia; la herencia no es más que el mismo patrimonio cuando está siendo transmitido; concluida la transmisión deja de llamarse herencia.

Sin embargo, la palabra sucesión se usa también para designar la herencia y para designar a los herederos. Tales equívocos se excusan diciendo que tal palabra, sucesión, tiene un sentido objetivo y un sentido subjetivo; así, cuando a la masa de bienes dejada por una persona fallecida, es decir, a la herencia, se le llama sucesión, como cuando se dice que la sucesión de alguien es muy valiosa, lo que se está significando con esa palabra es que la herencia es la valiosa, y entonces se está usando aquel término en sentido objetivo, teniendo en mente el objeto de la sucesión, o sea de la transmisión; y se usa la misma palabra sucesión en sentido subjetivo cuando con ella se designa a los herederos, como al decir que una sucesión es numerosa, con lo que se está diciendo que el causante ha dejado muchos herederos, los que sustituyen a la persona finada en el dominio de su patrimonio, y es subjetivo el sentido que en tal caso se le está dando a esa palabra porque lo que se toma en cuenta al usarla es el derecho que determinada persona o personas tiene o tienen a una sucesión, a colocarse jurídicamente en el lugar que otro ocupaba, el derecho a recibir una herencia. De aquí resulta que a esta última voz, herencia, también se la suele usar en sentido objetivo y en sentido subjetivo. Por el primero se alude con ella al conjunto de bienes y obligaciones transmisibles, a la universalidad jurídica transmitida, al caudal relicto, tal como se ha dejado definida, y por el segundo se hace referencia al derecho de herencia, al derecho subjetivo de herencia, que es un derecho real enumerado como tal el artículo 567 del Código Civil, derecho que recae sobre una universalidad, no sobre cosas singulares, y cuya vida es efímera, pues existe sólo mientras el patrimonio de la persona fallecida no ha sido

efectivamente adquirido por el sucesor o sucesores. Cuando esto sucede u ocurre lo que fue derecho real de herencia vuelve a ser sencillamente derecho de dominio sobre cada uno de los bienes que forman el caudal relictio, tal como acontecía en vida del causante.

A la persona fallecida, cuyo patrimonio se transmite a otros u otros por esa razón, a quien deja una herencia, se le designa con el nombre de causante, porque es el autor, el que causa la sucesión con su muerte, conocido también en la doctrina como "de cuius", pronunciado "de cuius", que es la abreviatura de la expresión latina "Is de cuius hereditate agitur", que en nuestro idioma significa "Aquel de cuya herencia se trata". Causante es tanto el que deja una sucesión testamentaria como el que deja una sucesión intestada; pero al que deja una herencia testamentaria, al que hace testamento, se le llama testador, en sustitución de causante, lo que no significa que deje de ser esto último.

Las personas a quienes se les transmite la herencia son los causahabientes o sucesores, llamados también, y así los denomina nuestra ley, asignatarios, que pueden serlo a título universal o a título singular. Causahabientes, sucesores y asignatarios, son pues denominaciones genéricas, que comprenden dos clases: los causahabientes, sucesores o asignatarios a título universal, y los causahabientes, sucesores o asignatarios a título singular. Con relación a ese género, los primeros se llaman específicamente herederos y los segundos legatarios. A su vez, los herederos se clasifican en herederos universales y herederos de cuota. En adelante usaremos más frecuentemente la denominación de asignatarios, preferida, como ya dijimos, por nuestro legislador.

3.- ASIGNATARIOS A TITULO UNIVERSAL. Asignar es señalar lo que le corresponde a una persona, atribuirle alguna cosa, destinársela. Por consiguiente, asignación denota haber asignado, es el efecto de asignar. El beneficiado con una asignación, aquel a quien se le ha destinado algo, es un asignatario, el que recibe la signación. Se asigna entre vivos y por causa de muerte. Aquí trataremos, como dice el artículo 954 inciso segundo del Código Civil, de las asignaciones por causa de muerte, ya las haga el hombre o la ley, esto es, ya las haga el causante en su testamento ya la ley cuando la sucesión es intestada.

Cuando a una persona se le señala lo que le ha de corresponder del patrimonio que se va a transmitir cuando fallezca su propietario, la asignación es por causa de muerte, es una asignación constitutiva de una sucesión por causa de muerte. Estas asignaciones pueden comprender todo el patrimonio, una cuota del mismo o bienes singularmente considerados; y las hace el hombre cuando es el causante, haciendo uso de la facultad que la

Constitución y las leyes secundarias le reconocen para disponer de su patrimonio para después de sus días, quien determina las condiciones y los beneficiarios de la transmisión de su patrimonio; es él quien hace, en la forma que prescribe la ley, el señalamiento de lo que a alguien, a quien determina, le ha de corresponder. Si no hace uso de esa facultad, porque no quiere o no puede, es la ley la que hace tales asignaciones.

Si lo que se le asigna a una persona, para que suceda en ello al difunto es todo el patrimonio, o una cuota parte del mismo, tal asignación es a título universal, porque su contenido hace referencia a los bienes, derechos, acciones y obligaciones del causante, considerados como conjunto ideal, en abstracto, sin especificación de los elementos de ese conjunto que serán objeto de la sucesión; hace referencia, pues, a la universalidad jurídica llamada patrimonio. El beneficiado con una asignación de tal naturaleza es un asignatario a título universal, y es a quien se le llama heredero, porque se le transmite toda o una parte de la herencia, esto es, del patrimonio del causante.

Heredero, que significa dueño, señor o propietario de la herencia, es entonces solamente la persona beneficiada con una asignación a título universal, ya la haya hecho el hombre ya la ley, el asignatario, sucesor o causahabiente a título universal. Si lo que a éste se le asigna en la totalidad del patrimonio del difunto, recibe el nombre específico de *heredero universal*, porque será dueño o al menos se le ha colocado en la posibilidad de llegar a ser dueño, de la totalidad del patrimonio transmitido. Porque puede ocurrir que sean varias las personas a quienes se les asigna la totalidad de un mismo patrimonio, y en consecuencia éste deba dividirse, para efectos de su goce, en tantas partes como asignatarios sean. No obstante, todos son herederos universales, porque la universalidad de su título, su amplitud, les permite tener pretensión al todo; la asignación hecha a cada uno contiene virtualmente el todo, por manera que si alguno de los llamados a esa totalidad no hereda, su parte se junta a la de los demás, las que de esta forma acrecen, se hacen más grandes, de suerte que si sólo uno queda, él recibirá la totalidad a la que estaba llamado desde un principio. Dicho de una manera más propia, según Luis de Gásperi ("Tratado de Derecho Hereditario" I, Parte General. Tipográfica Editora Argentina, Bs. As. 1953): cuando alguno no sucede, la asignación del otro u otros, que consiste en la totalidad del patrimonio, *no decrece*, pues no consistiendo su asignación en una cuota, y siendo su título universal, debería suceder en todo el patrimonio, lo que se ve obstaculizado por la existencia de otras personas a quienes también se les ha asignado esa misma totalidad; mas si éstas no heredan, el efecto de la concurrencia de varias personas a una misma asignación, que era el de que aquélla tenía que dividirse para su goce entre todas ellas, desaparece. Por ello se dice que entre los herederos universales,

cuando alguno falta, no hay acrecimiento, sino "no decrecimiento". Sobre el acrecimiento se tratará más adelante en forma especial.

Si no es la totalidad del patrimonio la que se asigna para que se suceda en ella al difunto, sino una porción o cuota parte de esa totalidad, que puede ser igual o no a las otras, el asignatario será un heredero de cuota. Estas asignaciones naturalmente no comprenden virtualmente la totalidad del patrimonio, los beneficiados con ellas sólo tienen derecho a la cuota que se les ha asignado, aun cuando aquellos a quienes se les destinaron o asignaron las demás cuotas que se completarán la unidad o entero, el as hereditario, no sucedan en ellas por no querer o no poder, por lo que el no decrecimiento, o acrecimiento según se quiera entender, (ius non decrescendi y ius crescendi, respectivamente) de que se habló a propósito de los herederos universales cuando alguno falte, no puede darse nunca entre los de cuota en relación a la totalidad del patrimonio, pero sí tiene lugar entre los coasignatarios de una *misma* cuota, sólo opera dentro de la cuota que a varios les fue asignada por considerarse ésta independientemente de las otras en que el patrimonio fue dividido, como está prescrito en el inciso primero del artículo 1124 C.

Los asignatarios a título universal son, como ya se dijo, de dos clases: herederos universales y herederos de cuota. Bajo ciertas circunstancias los asignatarios a título universal son llamados herederos de remanente. Ello ocurre cuando lo que se asigna a una persona es lo que sobra después que el causante ha hecho otras asignaciones con las que no ha agotado su patrimonio. Como ese sobrante, o remanente, en realidad puede ser toda la masa hereditaria, deducidos o sustraídos ciertos bienes singulares (legados), o una parte o cuota de la universalidad, de ello resultan los herederos universales de remanente en el primer caso y los herederos de cuota de remanente en el segundo. Luego, los herederos de remanente no son más que los mismos herederos universales o herederos de cuota, según los casos explicados, y es la circunstancia de heredar un sobrante lo que origina para ellos esa calificación especial, pero sin que esto implique que dejen de ser o herederos universales o herederos de cuota, en sus respectivos casos. Sobre ellos se hablará con más detenimiento en el número 60, donde se tratarán las asignaciones a título universal.

Los asignatarios a título universal representan la persona del causante para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles. Esto significa que los herederos no sólo suceden al *de cuius* en sus bienes, sino que también son los continuadores de su personalidad, y por esta razón ambos patrimonios, el del difunto y el propio del heredero, se confunden, se consolidan, forman uno solo, por lo que el último queda obligado por todas las deudas que el primero tenía, llamadas deudas hereditarias,

ilimitadamente, hasta con sus propios bienes; tiene una responsabilidad que se denomina doctrinariamente "ultra vires hereditatis" (más allá de las fuerzas de la herencia), salvo el caso de la aceptación con beneficio de inventario, en el cual su responsabilidad es solamente "intra vires hereditatis" (dentro de las fuerzas de la herencia). ✓

Son también obligados a satisfacer las obligaciones que se constituyen por el testamento mismo, tratándose de la sucesión ex-testamento (testamentaria), aquellas que no pesaban sobre el causante sino que él las crea en su testamento, llamadas por eso cargas testamentarias o deudas testamentarias, de los dos modos las llama nuestra ley (artículos 1078 inc. 2o. y 1155 inc. 2o.), obligación que recae sobre todos los asignatarios a título universal cuando aquél no las ha impuesto sólo a alguno o algunos de ellos, cargas que están constituidas principalmente por los legados; son los ejecutores de las disposiciones del testador, pues nuestra ley no admite "albaceas", que en otras legislaciones están encargados de esa ejecución; y administran de consuno los bienes hereditarios durante el estado de indivisión en que caen cuando son más de uno, hasta la partición.

Según el artículo 1166 de nuestro Código, también tienen la representación. Esto, a nuestro juicio, es un error, en el que se incurrió con ocasión de las reformas decretadas por Ley de 4 de agosto de 1902 al Código Civil. La sucesión, usado el término en esta disposición legal en sentido objetivo, entendida como herencia, no es persona jurídica, ni siquiera cuando ha sido declarada yacente, lo que confirma el artículo 2096 C., cuando dice que se puede afianzar a una persona jurídica y a la herencia yacente; mal podría entonces tener representante. Los herederos declarados son dueños de la herencia, no sus representantes legales; lo que sí representan es la persona del causante, pero en el sentido de que son los continuadores de su personalidad. Por ello, cuando demandan o son demandados por acciones relativas a la herencia, no actúan como representantes de ella, sino en su carácter personal, como dueños que son de la herencia. Viene de aquí que comprobarán que están actuando en su calidad de herederos, o se les comprobará que en ese carácter son demandados, con la respectiva declaratoria; y si actúan por medio de apoderado no han de conferir el poder como representantes de la sucesión, sino en su carácter personal. Así mismo, cuando son demandados deben serlo ante el Juez de su domicilio, según las reglas generales, no ante el del último domicilio que tuvo el causante, que sólo es competente para cuestiones relativas a la transmisión de la herencia. Por todo ello nuestra jurisprudencia, muy acertadamente, sostiene que comprobar que una persona es heredera no es cuestión de personería, no tiene nada que ver con la representación, sino de personalidad.

El error puntualizado, sobre el que se volverá al estudiar la aceptación de la herencia, se repite en el artículo 1168 C., en donde quizá es de más bulto.

Decidir que los herederos son los continuadores de la personalidad del difunto no es más que una ficción, debida "a la necesidad de suprimir toda solución de continuidad en el ejercicio activo y pasivo de los derechos patrimoniales del fallecido" (Luis de Gásperi: ob. cit.).

4.- ASIGNATARIOS A TITULO SINGULAR. Cuando lo que se le señala a una persona para que en ello suceda a otra cuando ésta fallezca, es una cosa determinada, individualizada, que se ha abstraído, para ser considerada en forma separada de la universalidad de que forma parte, haciéndola objeto de un trato particular o singular, se dice que la asignación es a título singular, porque en tal caso no se sucede en la universalidad ni en una parte de ella, sino en una o varias cosas que se singularizan, y la sucesión que entonces se produce es una sucesión particular, no universal.

Las asignaciones a título singular sólo pueden existir por voluntad del hombre, únicamente las hace el titular del patrimonio de que la cosa o cosas particularmente asignadas forman parte, nunca por disposición de la ley, lo que es lo mismo decir que sólo tienen lugar en la sucesión testamentaria, y reciben el nombre especial de legados, antiguamente llamados también "mandas", siendo entonces el beneficiado con una asignación de esta clase, un legatario. El legatario no es heredero, porque no sucede en todo el patrimonio ni en una cuota del mismo, como sería la mitad, tercio o quinto; sólo los asignatarios a título universal, ya reciben la totalidad del patrimonio o una cuota del mismo, son herederos. Nuestra ley se refiere en forma expresa sólo a los legados como asignaciones a título singular; sin embargo, hay que tener en cuenta que también son asignaciones por causa de muerte las donaciones revocables, que deben hacerse precisamente en un testamento, y cuando éstas recaen sobre bienes singulares son asignaciones a título singular, al igual que los legados, tan es así que en el artículo 1118 C. se dice que son "legados anticipados". Pero un legado puede estar revestido de circunstancias especiales, que aunque no producen el efecto de cambiar su naturaleza sí originan nombres especiales también para esta clase de asignaciones a título singular. Tales son los casos del sublegado, del vicelegado y del prelegado, figuras reconocidas por el derecho germano (Julius Bínler: "Derecho de Sucesiones" 2a. Edición. Editorial LABOR, S.A. Barcelona 1953. Traducción de José Luis Lacruz Berdejo).

La obligación de pagar los legados, lo que conlleva sufrir una disminución en la asignación, recae sobre todos los herederos cuando quien

hace esas asignaciones no se la impone a uno o más de ellos expresamente, quienes los pagan en la forma prescrita por el artículo 1241 C., o sobre el o los herederos a quienes el testador se las impuso. Pero el causante (testador) también puede imponérsela a quien a su vez es un legatario, un asignatario del mismo causante a título singular, existiendo entonces un primer legado y un segundo legado, que depende del anterior porque es el legatario el que debe soportar la disminución de su asignación pagando el segundo legado, y a éste se le llama sublegado; el beneficiado con el segundo legado es un sublegatario. A esta figura es a la que se refiere el artículo 1245 del Código Civil, cuando dice: "El legatario obligado a pagar un legado, lo será sólo hasta concurrencia del provecho que reporte de la sucesión...", lo que significa que el segundo legado no puede ser mayor que el primero; si de hecho lo es, el primer legatario no está obligado a pagar el exceso.

Cuando se hace una asignación a título singular puede ocurrir que la sucesión en la cosa legada no se verifique, porque el legatario no quiere suceder en ella y la repudia, o no puede hacerlo, por haber premuerto al testador por ejemplo, y entonces la cosa legada normalmente vuelve a integrarse al patrimonio, a la universalidad de que había sido separada, favoreciendo así a quienes se les ha destinado esa universalidad, o bien acrece a un colegatario. Previendo esto, y para evitarlo, el causante puede disponer nombrar un segundo asignatario para que ocupe el lugar del que no quiso aceptar el legado, o no pudo hacerlo por el motivo ya dicho o por haber muerto antes del cumplimiento de una condición suspensiva, por no cumplirla, por ser incapaz para suceder al causante de que se trate o por haber sido declarado indigno de sucederle; es decir, el testador puede establecer la sustitución de un asignatario a título singular. En este caso, el sustituto recibe el nombre de *vicelegatario*, y la asignación que recibe, el de *vicelegado*. La sustitución en las asignaciones a título singular, legados, encuentra su fundamento legal en el artículo 1133 C., puesto que al decir éste que "la sustitución vulgar es aquella en que se nombra un asignatario para que ocupe el lugar de otro que no acepte, o que, antes de deferírsele la asignación, llegue a faltar por fallecimiento, o por otra causa que extinga su derecho eventual", no distingue entre asignatarios a título universal y asignatarios a título singular, aplicándose entonces a los dos, en virtud del aforismo "Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus" ("Donde la ley no distingue, tampoco nosotros debemos distinguir"). ✓

Puede acontecer que el testador, además de hacerle a una persona una asignación a título universal, siempre que no le deje a ella sola la totalidad de la herencia, porque entonces no se daría el caso, le haga una atribución a título singular, esto es, que al heredero testamentario le haga también un legado; este legado que tiene la particularidad de que es hecho a una persona que también ha sido instituida heredera en el mismo o en otro testamento,

recibe doctrinariamente el nombre de "prelegado", que conviene distinguir de aquella situación en que el causante sólo está ordenando que determinados objetos del haber sucesoral se imputen a la cuota de la herencia que en la partición le corresponderá a determinado heredero, caso en el cual no hay prelegado, pues lo que caracteriza a éste es el hecho de que lo asignado particularmente no entra en la masa partible, y el prelegatario debe ser tratado independientemente de la otra calidad que también ostenta, la de asignatario a título universal (J. Bínider: ob. cit.). Consecuencia de esto es que el prelegatario puede repudiar la herencia y reclamar la cosa que se le asignó particularmente, o renunciar a ésta y aceptar sólo lo que a título de herencia le corresponde. El mismo efecto se produce cuando en el testamento sólo hay uno o más legados, que son hechos a las personas que como remanente les corresponderá la parte intestada, porque aquéllas serán herederos abintestato y legatarios. Esta figura jurídica, que viene del derecho romano, no es insólita a la luz de nuestras disposiciones legales, aun cuando ninguna de ellas la contempla en forma expresa, porque nada se opone a que un testador mejore a uno o varios de sus herederos haciéndoles también un legado, que incluso puede ser de más valor que lo que de la herencia les corresponda. Esta mejora es la base doctrinaria de esta institución.

Los asignatarios a título singular, que sólo pueden tener lugar en la sucesión testamentaria, "no suceden al testador" en todos sus bienes, derechos, acciones y obligaciones transmisibles, sino únicamente en la especie determinada, cuerpo cierto, o indeterminada de cierto género, que el testador les ha asignado y sólo responden de las deudas y cargas que expresamente se les hayan impuesto, pues no representan al testador, no continúan su personalidad; pero lo anterior es sin perjuicio de que en determinados casos puedan responder en subsidio de los herederos de las deudas del causante, aun cuando éste no se las haya impuesto, lo que ocurre cuando al tiempo de abrirse la sucesión no hay en ella lo bastante para pagar esas deudas. En este caso los acreedores hereditarios tienen que dirigir primero sus acciones contra los herederos y después perseguir por el resto insoluto a los legatarios. También son obligados a contribuir al pago de los alimentos que el testador debía por ley a las personas que la misma indica, cuando aquél destine a legados alguna parte de la porción de bienes que la ley reserva a los alimentarios. Esta responsabilidad subsidiaria encuentra su fundamento en que, si una persona no tiene bienes suficientes para pagar sus deudas y cumplir sus obligaciones alimenticias, no tiene por qué hacer legados, regalando así lo que debía.

En ambos casos excepcionales, cuando los legatarios deban contribuir al pago de las deudas hereditarias o de los alimentos, la ley ordena que deben hacerlo a prorrata de los valores de sus respectivos legados. De esto se tratará más ampliamente cuando se estudien las reglas a que está sujeto el

pago de las deudas hereditarias y testamentarias.

En el derecho francés sólo cuando las asignaciones las hace la ley, cuando el causante no dispuso de sus bienes para después de su muerte, esto es, cuando la sucesión es intestada, los sucesores son llamados herederos; cuando las hace el hombre, cuando el causante dispone de sus bienes por testamento, todos los sucesores son llamados legatarios, no herederos aunque se les deje la totalidad o una parte de la herencia, de acuerdo con la idea que tienen sus legisladores de que sólo Dios puede hacer un heredero. Así, es *legatario universal* aquel a quien se le asigna la totalidad del patrimonio; legatario a título universal aquel a quien se le asigna una cuota del mismo; y legatario particular aquel a quien se le asigna una o más cosas singulares. Estos términos equivalen, en nuestro derecho, al heredero universal, al heredero de cuota y al legatario o asignatario a título singular, respectivamente. Nosotros no hacemos ese distingo. Llamamos heredero a todo el que recibe, ya por la ley ya por el testamento, la totalidad o una parte de la herencia, y sólo es legatario el que recibe bienes singulares.

5.- DERECHOS Y OBLIGACIONES TRANSMISIBLES E INTRANSMISIBLES. El patrimonio económico de una persona está formado por un conjunto de bienes, derechos, acciones y obligaciones, pero de valor pecuniario, pues no se consideran formando parte de él, por ejemplo, los derechos inherentes a la persona, como la vida, el honor, la integridad física y moral, la libertad, que forman lo que se llama "patrimonio moral", y que perecen con la persona. Mas, cuando es objeto de una sucesión por causa de muerte no todos esos bienes, derechos, acciones y obligaciones con valor pecuniario, que forman el patrimonio económico, se transmiten al sucesor a título universal, ya que existen algunos a los que la ley les da el carácter de intransmisibles, porque son personalísimos, y al igual que los que forman el patrimonio moral se extinguen con la muerte del titular, y es por eso que el artículo 952 del Código Civil, después de establecer que se sucede a una persona difunta a título universal o a título singular, y explicar que el título es universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones, exige la calidad, para ellos, de *transmisibles*, y el artículo 1078 prescribe que los asignatarios a título universal representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles.

Antes de seguir con el estudio de esta cuestión, conviene aclarar por qué se habla en el epígrafe sólo de derechos y obligaciones transmisibles o intransmisibles, y no de bienes, derechos y obligaciones con o sin tal calidad, como lo hizo el legislador en la primera de las disposiciones legales citadas en el párrafo anterior.

Los bienes son las cosas susceptibles de apropiación, que pueden reportar alguna utilidad al hombre; sobre ellos se tienen derechos, que es lo relevante, pues las cosas no son bienes más que por los derechos que sobre ellas puedan tenerse, siendo tales derechos los que ligan a las personas con las cosas. Entonces, tener un bien significa tener un derecho sobre una cosa; los bienes, pues, que una persona tiene no son algo distinto de sus derechos, y según esto, bastaría decir que el patrimonio de una persona está formado por derechos y obligaciones, o también, por bienes y obligaciones, si se quiere sustituir la palabra *derechos* por su objeto. Sin embargo, a los derechos mismos se les considera como cosas también, formando la categoría de cosas incorpóreas, originándose así una situación sumamente confusa, porque en este caso resulta que el derecho es la cosa misma. Pero haciendo a un lado esta cuestión, cuyo estudio exhaustivo no es propio hacer aquí, y continuando con la aclaración anunciada en el anterior párrafo, lo que importa es hacer notar que se suele usar la palabra *bienes* en sentido restringido, comprendiendo en ella sólo las cosas corporales sobre las cuales se tiene el derecho de propiedad o dominio, que entre los derechos reales es el único que se confunde con su objeto, por su amplitud; de ahí que se diga, por ejemplo, "mi casa" y no "tengo derecho de propiedad sobre esta casa". Así restringida la acepción de tal palabra, sí tiene un contenido distinto al de la palabra *Derechos*, que consecuentemente queda significando todos los otros, que no se confunden con su objeto, y esto ocasiona a su vez una acepción igualmente restringida para la palabra *derechos*, porque de ella se excluye el derecho de dominio, que se ha dejado como significación exclusiva de la palabra *bienes*. Con esas acepciones restringidas están usadas tales palabras en el artículo 952 C., inciso segundo, técnica que se cambió en el artículo 1078 del mismo Código, lo que quizás sea más propio. Si los bienes son los derechos, reales y personales, que se tienen sobre las cosas corporales e incorpóreas, resulta que lo que realmente se transmite por sucesión por causa de muerte son esos derechos, y por ello se habla aquí de derechos transmisibles e intransmisibles, por un lado, y de obligaciones transmisibles e intransmisibles, por otro.

Se ha dicho ya que por causa de muerte se puede suceder tanto a título universal como a título singular, se puede sustituir a una persona fallecida como titular de todo su patrimonio o de una cuota del mismo, o sólo como titular de los derechos y obligaciones que recaen en una o más cosas singulares, específicas o genéricas, esto es, que pueden consistir en especies determinadas, también llamadas cuerpos ciertos, y en especies indeterminadas de cierto género, que cuando consisten en cosas fungibles es necesario que se determine la cantidad, o que ésta al menos sea determinable, según se verá al tratar en especial de las asignaciones a título singular, porque de lo contrario la asignación podría cumplirse entregando

una cantidad ínfima, lo cual la convertiría en irrisoria, como un grano de maíz o una gota de vino. Pero todo lo que se diga acerca de la transmisibilidad o intransmisibilidad de los derechos y de las obligaciones, debe entenderse referido únicamente a los asignatarios a título universal, a los herederos, debido a que los asignatarios a título singular, los legatarios, no suceden al difunto en todos sus derechos y obligaciones, no tienen más derechos ni cargas que los que el testador les haya expresamente conferido o impuesto, y la responsabilidad subsidiaria de que ya se habló.

Los derechos se clasifican en reales, personales e intelectuales. Los primeros se subdividen en derechos reales principales, y derechos reales accesorios; los principales son, además del de herencia, el de dominio, el de usufructo, el de uso, el de habitación y el de servidumbre activa; y los accesorios son el de prenda y el de hipoteca. No son transmisibles el de usufructo, excepto en un caso particular, cuando se ha constituido por tiempo fijo y a título oneroso, pues en este caso si el usufructuario fallece antes de la expiración del plazo sí lo transmite a sus herederos por el tiempo que falte para su terminación; y los de uso y habitación.

Los derechos personales no admiten una enumeración taxativa, su número es ilimitado debido a que su existencia depende del arbitrio de las personas, las que, atendiendo al principio de la autonomía de la voluntad, son libres para crear entre sí todos los vínculos de derecho que quieran, sin más limitaciones que el respeto al derecho ajeno, a las prohibiciones legales y al orden público; sólo cabe mencionar los que están especialmente reglamentados por la ley, y entre ellos se encuentran como no transmisibles, el de percibir una renta vitalicia cuya duración se ha hecho depender de la existencia del acreedor, del que la goza, pues su vida es el plazo de esa renta; no está demás aclarar que cuando el plazo de la renta vitalicia es la vida del deudor, del que la paga, o la de un tercero, y fallece el que la goza, el acreedor, no se extingue sino hasta la muerte del deudor o tercero, según el caso, y entonces sí se transmite hasta que se extinga por el acaecimiento de aquel evento; tampoco se transmite el derecho de pedir alimentos, pero sí se transmite el derecho de demandar las pensiones alimenticias atrasadas que se le debían al causante. Hay que mencionar también que según el artículo 1068 C., las asignaciones que consisten en pensiones periódicas, de cualquier naturaleza que sean, son intransmisibles. La intransmisibilidad de estos derechos se debe a que son personalísimos, están ligados especialmente a determinada persona y se extinguen con la muerte de su titular.

En cuanto al derecho de autor o derecho de propiedad intelectual y artística, es necesario hacer un distinguo. Este derecho comprende dos clases de facultades: el derecho moral del autor, que es de orden abstracto, intelectual y moral, y el derecho pecuniario de autor, constituido por

facultades de orden patrimonial de autor, la facultad de percibir beneficios económicos provenientes de la utilización de las obras, sí es transmisible.

Desde luego, hay otros derechos que tampoco se transmiten, pero no se han mencionado porque no son de contenido patrimonial, como los inherentes a la persona, los de estado civil y todos los derivados de relaciones familiares.

Las obligaciones, atendiendo a su objeto, se clasifican en obligaciones de dar, hacer y no hacer. Por las primeras el deudor se ve compelido a transferir un derecho real y a entregar materialmente la cosa sobre que recae; por eso se dice que ellas comprenden no sólo la entrega jurídica, o tradición, sino también la entrega material. Por las segundas el deudor debe efectuar un hecho; y por las últimas debe abstenerse de ejecutarlo. Las obligaciones de dar son transmisibles; las de hacer son, por lo general, personalísimas ("intuitu personae") y pueden consistir en un hacer jurídico y en un hacer material. Así, la obligación de un mandatario consiste en un hacer jurídico, y la de un artífice en un hacer material. Ambas clases de obligaciones de hacer son intransmisibles por causa de muerte, debido precisamente a su carácter personalísimo. Tal característica se deduce claramente, respecto a las obligaciones del mandatario, de lo dispuesto por el numeral 5o. del artículo 1923 C., que establece que el mandato termina "por la muerte del mandante o del mandatario"; y respecto de las obligaciones de hacer que consisten en un hecho material, la establece, en forma general, el artículo 1793 del mismo Código, al prescribir que todos los contratos para la construcción de una obra se resuelven por la muerte del artífice o del empresario. Las obligaciones de no hacer son transmisibles.

6.- FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL DERECHO HEREDITARIO. El derecho hereditario se fundamenta, en nuestra legislación, en el artículo 22 de la Constitución, que establece que toda persona tiene derecho a disponer libremente de sus bienes conforme a la ley y que la propiedad es transmisible en la forma en que determinen las leyes. La Ley determina (Art. 996 C.), que toda persona puede declarar, con las formalidades que ella misma establece, cuál es la última voluntad, especialmente en lo que toca a la transmisión de sus bienes, para que tenga pleno efecto después de sus días. A esta declaración se le llama *testamento* y a la facultad para hacer tal declaración se le designa con el nombre de *testamentifacción* ("testamenti factio"), que puede ser libre y restringida con lo cual hace relación la última parte del citado artículo constitucional al decir que "habrá libre testamentifacción", de lo cual se hablará en su oportunidad. También determina la ley en el artículo 981 C. "que las leyes reglan la sucesión en los bienes de que el difunto no ha dispuesto, o si dispuso, no le -

hizo conforme a derecho, o no han tenido efecto sus disposiciones"; a falta, pues, de aquella declaración expresa del causante, es ella la que dispone de sus bienes, haciendo asignaciones a favor de las personas a quienes llama a la sucesión intestada, lo que hace en el artículo 988 C.

Cabe entonces preguntar en qué se fundamenta la ley secundaria para sustituirse a la voluntad de una persona que no quiso o no pudo disponer de sus bienes para después de su muerte, haciendo ella las asignaciones que aquella no hizo. Porque el principio constitucional citado consiste en establecer la transmisión de la propiedad, en otras palabras, que se permite el traspaso de la propiedad por causa de muerte, pero en cuanto a la forma en que se va a transmitir no hace más que remitirse a lo que la ley secundaria establece.

Para esclarecer esta cuestión es necesario tener presente que según el artículo 32 de la Constitución, la familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictará la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico; y que es en cumplimiento de ese deber que cuando el causante no dispuso de sus bienes o de parte de ellos para después de su muerte, que la ley los asigna a sus parientes cercanos, y en primer lugar, a su familia en estricto sentido. Tal deber no fue sacrificado cuando el legislador secundario optó por el sistema de la libre testamentifacción, que posteriormente fue elevado a la categoría de principio constitucional, dejando por consiguiente al testador en libertad para disponer de sus bienes a favor de cualquier persona, con lo cual el derecho de la familia a su sostenimiento y supervivencia se podría ver afectado por la voluntad de un testador irresponsable, ya que también dispuso que esa libertad es sin perjuicio de las reducciones a que se halla sujeto el patrimonio cuando es transmitido, enumeradas en el artículo 960 C., entre las cuales se encuentran los alimentos que se deben al cónyuge y a los parientes indicados en el artículo 338 del mismo Código.

Parece que la misma ley, al permitir la libre testamentifacción, se ha puesto un valladar, que le impide intervenir en forma eficaz en favor de la familia cuando uno de sus miembros fallece; pero cuando éste no quiso o no pudo hacer uso de esa libertad, ese valladar desaparece, y se abre para el Estado la oportunidad de cumplir plenamente con el deber de protegerla, y uno de los medios más efectivos de hacerlo es reglando la sucesión intestada de modo que quienes se beneficien con los bienes dejados por uno de los miembros de la familia sean los demás.

Entonces, el derecho hereditario, en la legislación salvadoreña, tiene un doble fundamento constitucional: el principio de que la propiedad es

transmisible en la forma en que determinen las leyes, y el de que el Estado tiene el deber de proteger especialmente a la familia, en razón de lo cual la ley secundaria dispone en su favor de los bienes de un causante que no testó.

7.- FUNDAMENTOS JURIDICO - FILOSOFICOS. En todas las legislaciones de los países en que se permite la transmisión del patrimonio, se llama a suceder a un causante que no dispone de sus bienes por testamento, a sus parientes más cercanos, comenzando por sus hijos; estos mismos le son impuestos como sus herederos forzosos cuando hace testamento en aquellas legislaciones que han adoptado el sistema de la testamentifacción restringida o sucesión legitimaria, en donde el patrimonio es familiar, está destinado a la protección y supervivencia de la familia. Para explicar este hecho, el de que sea su familia la que se beneficie con el patrimonio de una persona cuando ésta fallece, existen varias teorías, que tratan de demostrar que ello se fundamenta en principios jurídicos y filosóficos de indudable solidez. Estas teorías son:

1) La natural, o de derecho divino, que afirma que Dios, al darnos la vida y hacernos nacer en una familia en vez de otra, nos concede derechos e impone deberes en esa familia, y uno de esos derechos es el de sucesión, y por ello el orden de ésta es el orden divino, emanando de la divinidad la organización del derecho sucesorio, pues tal como Dios ha organizado la familia así debe el hombre organizar el derecho hereditario;

2) La biológica, para la cual la sucesión no es más que una consecuencia de las leyes de la Biología, sosteniendo, fundamentalmente, que así como se transmiten los caracteres físicos y morales también deben transmitirse los bienes;

3) La de la afeción, que sostiene que la ley debe organizar un sistema para la transmisión de los bienes que permita inferir cuál hubiera sido la voluntad del causante si la hubiera expresado, por lo que los órdenes (infra 36) de la sucesión intestada deben formarse de acuerdo con la voluntad tácita del difunto, que debe suponerse naturalmente inclinada hacia las personas por las que sentía mayor afecto: hijos, padres, etc.

4) La de la copropiedad, para la que no es cierto que sea la voluntad del causante, expresa o tácita, la que determine que sea su familia quien le suceda, sino que ello es un derecho inmanente de aquélla, porque sus miembros son copropietarios de todos los bienes que componen el patrimonio familiar, y al heredar no hacen más que recibir lo que ya les pertenecía;

5) La *utilitaria y política*, formulada por los economistas, que sostiene que el derecho de sucesión debe ser organizado de acuerdo con los principios económicos y políticos que en un momento dado imperen en un país, según el interés económico y la organización política de cada Estado; y así, por ejemplo, en algunos países convendrá el fraccionamiento de la propiedad inmueble y en otros no, estableciéndose en estos últimos el sistema de los *mayorazgos*, que impiden el fraccionamiento, y en los primeros la igualdad en las particiones, que la propician.

Existe también una teoría, la *socialista*, que en vez de fundamentar el derecho de suceder, niega que tenga fundamento, lo que viene de que también se le niega fundamento al derecho de propiedad privada, del cual aquél es consecuencia (Eduardo Prayones: "Nociones de Derecho Civil-Derecho de Sucesión", Editorial CIENCIAS ECONOMICAS, Bs.As.1957).

No se niega, dice el autor citado, que todas esas teorías tienen algo de verdad, pero también es cierto que cada una de ellas no fundamenta por sí sola, ni jurídica ni filosóficamente, el derecho hereditario. Se argumenta contra ellas, entre otras cosas, que el orden divino no admite prejuicios sociales como lo hace la ley al no conceder a los hijos ilegítimos los mismos derechos sucesorios que a los legítimos, y tampoco hacen diferencia entre ellos las leyes biológicas; que la propiedad familiar prácticamente ya no existe, y los hijos ya no son instrumento de adquisición de los padres, como ocurría por derecho romano, en donde por eso se decía que las personas "alieni juris", las que se encontraban bajo la potestad del "paterfamilia", cuando heredaban a este eran "herederos suyos", herederos de sí mismos, porque ellos habían contribuido a acrecentar el patrimonio familiar.

Hay que advertir que entre nosotros estas teorías sólo fundamentarían la sucesión intestada, porque existiendo libre testamentifacción no pueden aplicarse a la sucesión testamentaria, según la cual los sucesores son de libre elección del testador, pudiendo dejar toda su herencia a personas extrañas.

CAPITULO II Naturaleza del derecho de sucesión

8.- RELACION JURIDICA SUCESORIA. Enrique Martínez Paz ("Introducción al Derecho de la Sucesión Hereditaria", Tipográfica Editora Argentina, Bs.As. 1953), considera la institución de la sucesión hereditaria como una relación de derecho, como una relación jurídica y no "como una sucesión de figuras estáticas".

Existe una relación jurídica cuando entre dos o más personas hay o existe un vínculo en virtud del cual una de ellas puede pretender algo a lo que la otra u otras están obligadas. Según esto, resulta que la relación jurídica sucesoria es una relación especial, sui géneris, porque es la muerte de una persona la que da lugar a ella y, además, la persona fallecida no estaba obligada para con el sucesor. Sin embargo, es necesario admitir que el fallecimiento del titular del patrimonio viene en cierta forma a colocarlo, no obstante que ya no existe, en una situación parecida a la de uno de los sujetos de una relación jurídica, en relación con el cambio de dueño de ese patrimonio, y que aunque no sea a título de acreedor, otra persona tiene el derecho de adquirirlo.

La existencia de la relación jurídica sucesoria aparece de la misma definición del término sucesión, la que hemos dicho que es "la transmisión de los derechos activos y pasivos, de la herencia, de una persona fallecida a otra u otras que le sobreviven, a las que la ley o el testador llama para recibirla", en donde es posible distinguir los sujetos de esa relación (la persona fallecida y las que le sobreviven), su objeto (la herencia), su causa (el llamamiento, vocación sucesoria), el acto jurídico que en ella tiene lugar

(transmisión) y el presupuesto legal, la ley que la rige.

9.- SUJETOS DE LA RELACION. Los sujetos de la relación jurídica sucesoria son el causante o de cuius, y el causahabiente, sucesor o asignatario.

El causante, aun cuando resulte un poco raro, desempeña el papel de sujeto activo, no siendo óbice para ello que no sea por un acto suyo que su patrimonio pase al dominio de otra persona (la tradición de la herencia se verifica por ministerio de ley, y la de los legados la hacen los herederos), porque es el hecho de su muerte el que da lugar a ese efecto jurídico, y lo cierto es que si no fuera por ese hecho no se desencadenaría la serie de fenómenos jurídicos que culmina con la adquisición de la propiedad de la herencia por parte del sucesor. Esto, como ya se dijo, es lo que hace que tal relación jurídica sea "sui generis", expresión con la que se quiere denotar que en cierto sentido difiere de las demás relaciones de tal naturaleza.

El sujeto activo de una relación jurídica debe reunir determinadas cualidades, pero en la relación jurídica sucesoria tales cualidades sólo tienen relevancia cuando se trata de la sucesión testamentaria, puesto que, según la ley, no son capaces para testar los impúberes, los interdictos, los que en el momento de testar no se encontraren en el pleno goce de sus facultades mentales por ebriedad u otra causa, y los que no pueden expresar su voluntad claramente de palabra o por escrito. Cuando se trata de la sucesión intestada, el sujeto activo (causante) puede ser un impúber, demente o sordomudo analfabeta, porque no es él quien dispone de sus bienes para después de su muerte, sino que en tales casos las asignaciones las hace la ley.

El sujeto pasivo de la relación jurídica sucesoria es el sucesor, causahabiente o asignatario, quien en todo caso, ya se trate de una sucesión testamentaria ya de una abintestato, debe reunir las cualidades que la ley exige para poder suceder. Cuando la sucesión es testamentaria, al conjunto de las cualidades exigidas para suceder se le denomina doctrinariamente "testamentifacción pasiva", en oposición a la activa, que es la facultad para hacer testamento. Tales cualidades son: ser persona cierta y determinada, ser capaz y ser digno para recibir asignaciones por causa de muerte.

Puede ser, el sujeto pasivo, un sucesor a título universal, ya heredero universal ya de cuota o de remanente, o un sucesor a título singular. Si es a título universal puede ser llamado a suceder por el testador o por la ley, y puede hacerlo en forma directa, recta vía, o en forma indirecta, por derecho de transmisión o de representación, y sucede en todos los derechos y obligaciones transmisibles que el sujeto activo tenía; si es a título singular

sólo puede ser llamado a suceder por el testador, y no tiene más derechos ni obligaciones que los que expresamente se le concedan o impongan.

El sujeto pasivo -causahabiente, sucesor o asignatario- puede ser persona natural o humana, o persona jurídica; pero hay que tener presente que, con excepción de la Universidad Nacional y los hospitales que también pueden suceder abintestato, las personas jurídicas no pueden suceder más que por testamento.

10.- OBJETO. El objeto de la relación jurídica sucesoria es el patrimonio, el conjunto de bienes y obligaciones estimables en dinero, susceptibles de valoración pecuniaria, que sólo se concibe por la inteligencia, idealmente, ya que es una universalidad jurídica, una reunión de cosas creada por el derecho, contrariamente a lo que ocurre con las *universitas facti*, universalidades de hecho que obedecen a la intención del propietario de las cosas reunidas, como un rebaño, una biblioteca. Cuando su titular fallece al patrimonio se le denomina herencia o caudal relictivo; por consiguiente, siendo la herencia el mismo patrimonio, aquélla es una universalidad jurídica.

El patrimonio sólo puede ser objeto de la relación jurídica sucesoria y no de ninguna otra, desde luego que sobre él no puede recaer ningún acto jurídico entre vivos, por ser un atributo de la persona y como tal es inherente a la misma y está por ello fuera del comercio. No puede ser, pues, transferido, sólo transmitido, únicamente puede cambiar de dueño por muerte de la persona de quien era un atributo. Empero, sus elementos individualmente considerados, además de que pueden ser transmitidos, dando lugar así a las asignaciones a título singular, los legados y sus modalidades, sublegados, vicelegados y prelegados, sí pueden ser transferidos, objeto de actos jurídicos entre vivos, que es lo más frecuente.

El patrimonio no sólo comprende los bienes presentes, sino también, en potencia, los futuros, porque en él está comprendido el poder jurídico de la persona para adquirirlos, de modo que toda persona tiene patrimonio aun cuando no tenga bienes (Aubry y Rau). Es este poder jurídico el que el artículo 1285 C. impide donar (entre vivos) al decir que "las donaciones a título universal no se extenderán a los bienes futuros del donante, aunque éste disponga lo contrario".

Al objeto de la relación jurídica sucesoria, al patrimonio herencia, es al que se le suele denominar "sucesión", y es por ello que en tales casos se está usando esta palabra en sentido objetivo. ✓

11.- CAUSA. Si se afirma que entre el causante y el sucesor existe una relación jurídica, necesariamente debe haber entre ellos un vínculo que los una, que viene a ser la causa de esa relación.

Ese vínculo puede ser creado por el causante o por la ley, según que la sucesión sea testamentaria o intestada, y consiste en un llamamiento que se le hace a una persona en vida del causante a sucederlo cuando fallezca. Ese llamamiento coloca a la persona a quien se hace en la aptitud de suceder a otra, le da la posibilidad de sucederla.

A ese llamamiento, que se verifica desde en vida del causante, que es diferente al que se verifica a la muerte de aquél (delación), se le llama "vocación sucesoria", de la que se hablará más ampliamente en el número 21.

12.- ACTO JURIDICO. Al ocurrir la muerte del causante, la persona llamada a sucederlo, la que a su respecto tiene vocación sucesoria, ya sea dada por el testamento ya por la ley, tendrá que manifestar su voluntad de adquirir el dominio de la herencia, si quiere hacerlo, aceptándola; al hacerlo se verifica a su favor, por ministerio de ley, la tradición de aquélla.

Al verificarse lo anterior ha tenido lugar un acto jurídico: la traslación del patrimonio de que era dueña una persona que ha dejado de existir, que ha finado, a otra que le sobrevive. A este acto jurídico que tiene lugar en la relación jurídica sucesoria es al que se llama transmisión, porque los derechos y las obligaciones que el causante tenía se *transmiten*, esto es, se comunican, se trasladan al sucesor, quien por esto puede ejercer los primeros y debe cumplir las segundas en su propio nombre, como si él mismo hubiera intervenido en esas relaciones, ya que se ha colocado jurídicamente en el lugar que el *de cuius* tenía respecto a esos derechos y a esas obligaciones, lo ha sustituido.

En este acto jurídico que es la transmisión, se distinguen en nuestro derecho tres fases o momentos, perfectamente diferenciados: a) la apertura de la sucesión; b) la delación; y c) la aceptación o adición, en este orden, por manera que no se puede aceptar si no ha habido apertura de la sucesión y delación. Pero cuando existe pluralidad de herederos el proceso de la transmisión no termina con la aceptación, siguen otros dos momentos más: d) la indivisión hereditaria, y e) la partición.

Sobre cada una de estas fases en que se desarrolla la transmisión, que es la parte medular de esta relación jurídica sucesoria, se tratará con detenimiento en Capítulos posteriores.

13.- LEY QUE RIGE LA SUCESION. Toda relación jurídica tiene que estar regida por una ley; la sucesión por causa de muerte, la transmisión del patrimonio de una persona fallecida a otra que le sobrevive, no puede substraerse a ello, también está regida por una ley, a la que estarán sometidas las personas y las cosas que en un caso dado intervienen en ella.

Nuestra ley dispone que la sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre. Hay que decir desde ya, porque esto es la primera fase de la transmisión, que se estudiará después, que la sucesión se abre en el último domicilio que tuvo el causante. Este último domicilio puede haberlo tenido en cualquier lugar del territorio nacional, en cuyo caso no tiene sentido que se diga que la sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre, porque la ley que rige en todo nuestro territorio es única; tendría importancia si El Salvador fuera un Estado Federal, en los cuales cada estado se rige por sus propias leyes, como lo son México, Estados Unidos de América, etc.

Entonces debe suponerse que el domicilio de que aquí se trata es el político, el relativo al territorio del estado en general, en contraposición con el de otros países en que el causante *pudo* haber tenido su último domicilio. Por ello, nosotros debemos entender que al decir que la sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre, significa que si el causante tuvo su último domicilio en cualquier lugar del territorio nacional, y por consiguiente aquí en el país se ha abierto la sucesión, ésta estará regida por la ley salvadoreña, pero si lo tuvo en el extranjero, y en consecuencia allá se abrió la sucesión, será la ley extranjera la que la rija, ya se trate de un salvadoreño o un extranjero, que hayan dejado bienes en nuestro país.

Al establecer lo anterior, el legislador dio cabida en nuestro derecho positivo, a uno de los dos sistemas más importantes que la doctrina ha ideado para determinar qué ley es la que debe regir a la sucesión cuando el causante fallece en un país distinto de aquel en que tiene sus bienes o deja sus herederos, y por ello puede suscitarse un conflicto de leyes en el espacio, sistemas que no surgieron sino después que fue suprimido el derecho que tenían los estados sobre las herencias dejadas por los extranjeros, llamado "derecho de aubana" o "albinagio". Tal sistema es el personal, que somete la sucesión a la ley del país al cual pertenecía el causante o a la del país donde estaba domiciliado, sin atender a la situación de sus bienes. En el primer caso, el sistema personal se basa en la nacionalidad, y en el segundo en el domicilio.

Según el sistema personal, ya se base en la nacionalidad ya en el domicilio, la sucesión será única, y se le aplicará solamente la ley del país de la nacionalidad del causante o la de aquel en que tuvo su último domicilio, según la base que se haya adoptado, por lo que es llamado sistema de la

unidad de la sucesión; aquí lo determinante para estatuir qué ley regirá a la sucesión es la persona del causante; se sigue, pues, el Estatuto personal.

El otro sistema es el territorial, que somete la sucesión a la ley del lugar donde están situados los bienes del causante (*lex loci rei sitae*) ya sean éstos muebles o inmuebles, siendo entonces absoluto, y es relativo cuando sólo somete a esa ley los bienes inmuebles, cuando solamente se toma en cuenta la situación de los inmuebles. Luego, según este sistema, existe pluralidad de sucesiones respecto de un mismo causante, pues se abrirá una en cada país en donde el *de cuius* haya dejado bienes, que se regirá por su respectiva ley, y por ello se le denomina sistema de la pluralidad de la sucesión; aquí se sigue el Estatuto Real, porque lo que determina qué ley regirá la sucesión es la situación de los bienes (Eduardo Prayones: ob.cit.).

Como ya se dijo, nuestro legislador ha adoptado, como principio general, el sistema personal basado en el domicilio, al prescribir que "la sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre"; y como este sistema es el de la unidad de la sucesión, su aplicación plena puede conducir a la aplicación de una ley extranjera en nuestro territorio, cuando el causante ha dejado bienes aquí, en detrimento de herederos salvadoreños, porque debiéndose regir la sucesión por la ley del país en que el causante tuvo su último domicilio, ella puede vedarles el acceso a la herencia, o concederles menos derechos que los que la ley salvadoreña les acuerda. Por esta razón, después de establecer el principio general ya enunciado, nuestra ley continúa prescribiendo que tal principio se aplicará "salvas las excepciones legales".

Esas excepciones son las siguientes: a) el caso de la muerte presunta, que es declarada por el Juez de Primera Instancia del último domicilio que el desaparecido tuvo en El Salvador, como consecuencia de lo cual se da la posesión provisoria o definitiva, según el caso, a sus herederos presuntivos; b) cuando un salvadoreño fallece en el extranjero, teniendo allá su último domicilio, dejando bienes y parientes en El Salvador, pues en cuanto atañe a los derechos sucesorales o alimenticios, de los salvadoreños, esa sucesión se va a regir por nuestra ley, cuando según el principio general toda ella debería regirse por la ley del país en que el causante tuvo su último domicilio, radicando el fundamento de esta excepción en el artículo 15 del Código Civil, ya que según esta disposición legal los salvadoreños, no obstante su residencia o domicilio en país extranjero, permanecen sujetos a las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles que nacen de las relaciones de familia, respecto de sus cónyuges y parientes salvadoreños; y c) cuando un extranjero domiciliado en su país de origen, o en otro pero no en El Salvador, fallece dejando bienes en nuestro país y herederos salvadoreños, caso en el que éstos tienen a título de herencia o de alimentos, según el artículo 995 C., los mismos derechos que según las leyes

salvadoreñas les corresponderían sobre la sucesión de un salvadoreño que tuvo su último domicilio aquí, o en el extranjero como en el caso anterior, los cuales *pueden* hacer efectivos en los bienes del extranjero situados en nuestro país.

El citado artículo, al establecer lo anterior, se refiere al extranjero que fallece "dentro o fuera" del territorio de la República. Pero el hecho de que fallezca dentro o fuera de nuestro territorio no tiene por sí mismo ninguna importancia, porque puede fallecer dentro de la República, pero teniendo su domicilio en otro país, en cuyo caso sería la ley extranjera la que se le aplicaría y por ello habría necesidad de aplicar la excepción, y puede haber fallecido fuera del territorio de la República pero teniendo en ella su domicilio, y entonces a la sucesión se le aplicará la ley salvadoreña como caso corriente, sin necesidad de aplicar para ello la excepción, porque la regla general es que si el causante tuvo su último domicilio en El Salvador, sea salvadoreño o extranjero, esto no importa, la sucesión se regirá por la ley salvadoreña. Lo relevante, según esto, es el lugar en que el extranjero tuvo su último domicilio, no donde falleció.

Hay que agregar, aunque esto realmente ya no es parte de la excepción, pero también tiende a la protección de los herederos salvadoreños, que lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 995 C., en cuanto a que los salvadoreños interesados podrán pedir que se les adjudique en los bienes del extranjero existentes en El Salvador todo lo que les corresponda en la sucesión de aquél, se aplica a la sucesión de un salvadoreño que deja bienes en país extranjero, en caso necesario. Este caso puede darse cuando el salvadoreño también tenía domicilio en el país extranjero y herederos en el mismo, y la ley de ese país dispone que por esa circunstancia del domicilio en el país extranjero, pero sí herederos, porque puede tener un principio igual al nuestro, que establezca que en los bienes del "extranjero" (que sería el salvadoreño) situados allá, pueden hacer efectivos todos sus derechos en esa sucesión sus nacionales.

Tanto en el caso del salvadoreño que fallece en el extranjero, en donde tenía su domicilio, dejando herederos salvadoreños y bienes situados aquí, como en el del extranjero que no tuvo aquí su último domicilio, pero ha dejado bienes y herederos en El Salvador, se aplica lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 995 C., ya mencionado, esto es, que los salvadoreños interesados podrán pedir -es obtativo- que se les adjudique en los bienes existentes en El Salvador *todo lo que les corresponda* en la sucesión. Esta frase es la que fija el alcance de la excepción. Significa que esa excepción no puede ir en desmedro de los derechos de herederos extranjeros; y así, los salvadoreños no podrán pretender que se les adjudiquen *todos* los bienes

existentes aquí si ellos cubren con exceso *los derechos* que tienen en la sucesión, habida cuenta de que esos derechos son *los mismos* que según nuestras leyes les corresponden según las reglas generales, cuando la sucesión se rige enteramente por nuestra ley, y de que "los extranjeros son llamados a las sucesiones abintestato abiertas en El Salvador de la misma manera y según las mismas reglas que los salvadoreños". Supóngase que un guatemalteco tiene bienes en El Salvador por valor de sesenta mil colones y bienes en Guatemala por valor de cuarenta mil colones. Al morir intestado dejá como herederos en su país a su padre y a su madre legítimos, y su esposa y un hijo legítimo son salvadoreños. Según nuestra ley, a éstos les corresponde un cuarto de la herencia a cada uno, o sean veinticinco mil colones, cincuenta mil entre los dos. Haciendo uso de esa facultad piden que de los bienes del guatemalteco existentes aquí se les adjudiquen todos sus derechos, que son cincuenta mil colones, el resto de diez mil colones es de los herederos guatemaltecos; si la situación fuera al revés, que los bienes existentes aquí sólo valen cuarenta mil colones, por los diez mil colones que les faltarían tendrían que ocurrir a Guatemala, quedando expuestos a lo que la ley de aquel país disponga, porque allá ya no los puede proteger nuestra ley.

Si el extranjero sólo ha dejado bienes aquí pero no herederos, la excepción no se aplica; de abrir aquí la sucesión en tal caso significaría estar aplicando el sistema territorial. Si únicamente ha dejado herederos salvadoreños, pero no bienes, la excepción no se puede aplicar, porque no hay bienes en que aquéllos puedan hacer efectivos sus derechos aquí en El Salvador.

En el Código Civil de Colombia el principio es igual al nuestro, la sucesión -dice el inciso 2o. del artículo 1012- se regla por la ley del domicilio en que se abre, salvo las excepciones legales; también existe en ese Código lo dispuesto por nuestro artículo 995 C. Este último principio también lo tiene el Código Civil de Honduras, pero no dice por qué ley se rige la sucesión, ni lo hacen los Códigos de Guatemala, Costa Rica, República Dominicana, Perú y la República Oriental del Uruguay.

CAPITULO III Requisitos para suceder

14.- REQUISITOS SUBJETIVOS Y REQUISITOS OBJETIVOS.

Para que la sucesión se produzca es necesario que el asignatario reúna ciertos requisitos, que por estar relacionados con su persona reciben el nombre de requisitos subjetivos.

Esos requisitos o cualidades que deben concurrir en el asignatario son: a) la capacidad; b) la dignidad; y c) ser persona cierta y determinada. Los requisitos sub a) y sub b) están tratados por el Código en el Título I del Libro Tercero, que se refiere a "Definiciones y Reglas Generales", lo que se debe a que su importancia se manifiesta en todas las clases de sucesión que nuestra ley admite y reglamenta; en cambio el requisito sub c) aparece requerido en la sucesión testamentaria, en las reglas generales del Título que trata "De las Asignaciones Testamentarias", porque es en esta clase de sucesión en donde tiene relevancia.

Para la validez de la asignación es necesario también que su objeto llene determinados requisitos; y por ser requisitos relacionados con el objeto de la asignación se llaman requisitos objetivos. De estos también trata la ley en el Título "De las Asignaciones Testamentarias", reglas generales.

Por esa circunstancia de que la ley trata del requisito subjetivo que consiste en que el asignatario debe ser una persona cierta y determinada, y de los requisitos objetivos, cuando reglamenta la sucesión testamentaria, su estudio se reserva para cuando lleguemos a ella. En este Capítulo se estudiarán únicamente la capacidad y la dignidad.

15.- **CAPACIDAD.** La capacidad jurídica se divide en capacidad de adquirir, también llamada capacidad de goce, y en capacidad de ejercicio, llamada también capacidad de obrar. La primera consiste en la aptitud legal de una persona para adquirir derechos, y la segunda en la aptitud legal para poderlos ejercer por sí mismo, sin el ministerio o la autorización de otra, o como dice el último inciso del artículo 1316 C., en poderse obligar una persona por sí misma. En derecho hereditario, cuando se habla de capacidad o incapacidad, ello queda circunscrito a la aptitud legal para adquirir derechos, a la capacidad o incapacidad de goce, no teniendo nada que ver la capacidad o incapacidad de ejercicio para suceder por causa de muerte.

Actualmente, por regla general, toda persona, por el mismo hecho de serlo, tiene capacidad de goce, contrariamente a lo que antes ocurría, pues no bastaba pertenecer al género humano para tenerla, y estaban privados de ella los esclavos, los extranjeros, los monstruos y los muertos civiles. Pero hay personas a quienes, en casos especiales, la ley les priva de la capacidad de adquirir derechos; son casos excepcionales, que por ello son poco numerosos, y no cabe crear otros analógicamente. En el derecho contractual existen algunos, como el de que el padre o madre y el hijo que está bajo su patria potestad no pueden adquirir el uno del otro por compraventa; el de que el empleado público no puede comprar los bienes, públicos o particulares, que se vendan por su ministerio; el de que el mandatario no puede por sí ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar, si no es con aprobación expresa del mandante. En el derecho de familia también existen otros, como el de que el tutor o curador no puede comprar bienes raíces del pupilo o tomarlos en arriendo, ni aun con autorización del Juez. El derecho hereditario no es la excepción, pues lo mismo ocurre en él, aquí se dan así mismo casos de estos, los cuales serán estudiados a continuación, y que como todos los otros anteriormente enunciados constituyen incapacidades especiales, pues ya no existen incapacidades de goce absolutas; advirtiéndose que tales privaciones especiales de la capacidad de adquirir no tienen ninguna relación con las incapacidades naturales, como son la minoridad, la demencia y la sordomudez; no son, pues incapacidades naturales sino de derecho, inhabilidades creadas por la ley por motivos exclusivamente jurídicos.

Las incapacidades especiales de goce relativas al derecho sucesorio consisten en la falta de aptitud legal para poder suceder por causa de muerte, a título universal o singular, para poder recibir herencias o legados de parte de determinadas personas. Están taxativamente señaladas en el Libro Tercero del Código Civil, y unas operan tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada, y otras sólo en la testamentaria.

Nuestra ley, después de sentar el principio general de que es capaz de suceder toda persona a quien la ley no haya declarado incapaz, establece cinco incapacidades: 1) 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; 2) la de las cofradías, gremios o establecimientos cualesquiera que no sean personas jurídicas; 3) la del que, antes de deferírsele la asignación, hubiese sido condenado por adulterio con el causante, o acusado de dicho delito si se siguiere condenación judicial; 4) la del ministro de cualquier culto para recibir herencias o legados por testamento otorgado durante la última enfermedad del causante a quien confesó o asistió durante la misma enfermedad, o habitualmente en los dos años anteriores al testamento, que es aplicable también al médico de cabecera del testador; y 5) la del notario o funcionario que haga veces de tal, para recibir asignaciones instituidas en el testamento que han autorizado. A continuación se estudiará cada una de ellas.

1) En el artículo 963 C. se exige al asignatario existir al tiempo de abrirse la sucesión, y si la herencia o legado se deja bajo condición suspensiva, será también preciso existir al momento de cumplirse la condición; la fijación de estos momentos para la existencia se debe a que la delación, o sea el actual llamamiento de la ley a aceptar o repudiar una asignación se verifica al abrirse la sucesión si la asignación es pura y simple, y al momento de cumplirse la condición si la asignación se deja con esta modalidad, todo ello según está prescrito por el artículo 957 C. Esa existencia la exige la ley en esos instantes para *ser capaz* de suceder. Pero realmente la no existencia del asignatario en ese tiempo no constituye una incapacidad, porque no se puede hablar de capacidad o incapacidad de una persona que no existe; lo que verdaderamente ocurre es que no hay vocación sucesoria en quien no existe, no hay llamamiento a suceder para el que no existe, diciéndose al respecto que "la ley no llama a los muertos a suceder a los muertos" (Luis de Gásperi: ob.cit.).

Cuando se sucede por derecho de transmisión (infra #21) basta existir al abrirse la sucesión de la persona por quien se transmite la herencia o legado, lo cual no era necesario expresarlo, menos como salvedad, porque cuando opera tal derecho la asignación no se recibe en forma directa del primer causante, y por ello no es preciso ser capaz de sucederle, pero sí se debe ser capaz de suceder al segundo causante, que es "la persona por quien se transmite la herencia o legado", todo ello según las reglas generales, por lo que en tal caso no se trata de ninguna salvedad al principio general de que para ser capaz de suceder es necesario existir al tiempo de abrirse la sucesión.

Pero ese principio sí tiene verdaderas excepciones, como la de que tienen validez las asignaciones a personas que al tiempo de abrirse la

sucesión no existen pero *se espera* que existan (con lo que se excluye las que *ya dejaron* de existir), siempre que esa esperanza se vuelva realidad dentro de los treinta años subsiguientes a la apertura de la sucesión y las ofrecidas en premio a los que presten un servicio importante (a la humanidad se debe entender), siempre que lo hagan dentro del mismo término, aun cuando no hayan existido al momento de la muerte del testador, de donde se deduce que el que presta ese servicio puede haber existido ya al momento de la muerte del testador. En este caso de los que prestan un servicio importante, el asignatario es una persona indeterminada, que se determinará al prestar el servicio, por el hecho de prestar ese servicio. El caso del *nasciturus* - el que está en el vientre materno- no es de excepción, no queda comprendido en la de las personas que no existen pero se espera que existan, porque al estar en el vientre materno ya existe, tiene existencia natural, aunque no legal, y al concebido se le considera como nacido para los efectos de la capacidad de goce; sin embargo, los derechos que le puedan corresponder están suspensos hasta que el nacimiento se efectúa, y si este constituye un principio de existencia, el recién nacido entra en el goce de dichos derechos como si hubiese tenido existencia legal cuando se le defirieron, pasando a otras personas en caso contrario.

2) Las cofradías (congregaciones o hermandades que forman algunos devotos para ejercitar obras de piedad), los gremios (agrupaciones de personas con fines determinados, generalmente del mismo oficio o profesión) y cualquier establecimiento que no hayan obtenido personalidad jurídica, por los medios prescritos por la ley (Art. 543 C.), son incapaces para suceder por causa de muerte. El fundamento de esta incapacidad estriba en que tales entes son de hecho, no existen jurídicamente al tiempo de abrirse la sucesión. Siendo esto así, puede afirmarse que este motivo de incapacidad bien podría estar comprendido en la primera de las enumeradas, que se referiría tanto a las personas naturales como a las jurídicas, y no habría por qué tratarlo en forma especial respecto a las personas que no son de existencia visible como una incapacidad más.

Empero, si la asignación tuviere por objeto crear una corporación o establecimiento, sí vale, toda vez que se solicite y obtenga la aprobación legal, es decir, que se le conceda personalidad jurídica conforme a la disposición legal citada en el anterior párrafo; se trata este caso de que el testador afecta a un fin especial, que no debe ser de lucro, una parte de su patrimonio, creando en el mismo testamento el ente moral que estará encargado de cumplirlo, fundándolo en el testamento, en el que deben figurar los estatutos y las personas bajo cuya dirección estará, por lo que tales entes reciben el nombre de *fundaciones*, que por otra parte, también pueden crearse por acto entre vivos, en una donación, por lo que se clasifican en fundaciones por causa de muerte, que son a las que aquí nos

referimos, y fundaciones entre vivos. Ese fin especial debe ser de utilidad pública; por lo general es de beneficencia o para fomentar el arte o la investigación científica. Lo que aquí ocurre es que a la obtención de la personalidad jurídica con posterioridad a la apertura de la sucesión, mediante el correspondiente decreto del Poder Ejecutivo, se le dan efectos retroactivos -ut ex tunc- en virtud de lo cual se reputa que la asignataria existía como persona jurídica desde el momento en que se le deferió la asignación. Esto no se le permite a una cofradía, gremio o establecimiento cualesquiera, que aunque existía de hecho cuando se abrió la sucesión no había obtenido la personalidad jurídica, o sea, que no puede obtener esa personalidad y una vez verificado esto aceptar la asignación; la personalidad la puede obtener, pero para estos efectos de nada le sirve. Esta incapacidad sólo opera en la sucesión testamentaria; la anterior opera también en la intestada. 264 C.

3) La 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 se siguiese condenación judicial, que está contemplada en el artículo 965 C., opera tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada, porque la ley no distingue. No parece tener más fundamento que el de considerarse inmoral el hecho de que uno de los co-reos de este delito suceda al otro, mirándose esto como una retribución por la cooperación prestada en este delito contra el matrimonio y la moral familiar. Si es así, tal incapacidad ya no debe existir, porque en los tiempos actuales el concepto de la moral es bastante distinto al del siglo pasado, desde donde aquélla viene; además, la sanción penal es suficiente en este caso, no hay por qué sancionarlo también civilmente. Igual fundamento tendría el incesto, y sin embargo, este ya no está contemplado como causal de incapacidad, y aunque la Comisión Reformadora de 1902 dijo que quedaba incluido en las indignidades, esto ya no es cierto, porque tal afirmación se debió a la idea que del honor se tenía cuando se expresó.

Es requisito para que opere esta incapacidad que la condena en el juicio penal por adulterio, en el que tendrán que llenarse todos los requisitos que el Código respectivo exige, se haya pronunciado antes del deferimiento de la asignación, o que por lo menos se haya presentado la acusación antes de dicho deferimiento, vale decir, en vida del causante; no se podría presentar la acusación después de la muerte de aquél, porque ya no se haría por motivos exclusivamente morales sino pecuniarios. Pero ahora, de todos modos, según el Código Penal la acusación hay que presentarla contra ambos culpables, si uno y otro vivieren.

4) Según el artículo 966 C., por testamento otorgado durante la última enfermedad, no puede recibir herencia o legado alguno, el ministro de cualquier culto que hubiere confesado o asistido al testador durante la misma

enfermedad, o habitualmente en los 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 médico *de cabecera* del testador, esto es, a su médico de confianza, al que le presta atención médica continuamente y en forma especial. La corporación religiosa o cofradía de que fuere miembro el ministro religioso debe tener personalidad jurídica para que le afecte esta incapacidad; si no la tiene, ya sería incapaz conforme al artículo 964.

Esta incapacidad tiene como fundamento una presunción de derecho -*juris et de jure*- 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 en favor de quien las verifica, lo cual es muy verosímil debido a la intimidad de trato y confianza que se establecen entre una persona, máxime si está enferma, y su confesor o asesor espiritual, y sobre todo, debido al respeto y temor reverencial que tales personas inspiran en algunos enfermos.

No comprende la incapacidad que nos ocupa a la *iglesia parroquial* del testador, denominación tomada aquí en el sentido de templo, o sea el edificio o lugar destinado pública y exclusivamente a un culto, situado en el territorio que está bajo la jurisdicción de determinado *cura de almas* (el párroco que cuida, instruye y administra los sacramentos a sus feligreses. Diccionario de la Lengua Española, 19a. Edición) dentro del cual residía el testador. Esta incompreensión se debe a que una asignación hecha a favor de la iglesia parroquial (templo) no beneficia, al menos en forma directa, al ministro religioso, sino que está destinada al mejoramiento físico del templo o a beneficiar con obras de caridad a los feligreses de la parroquia. No recae sobre la porción de bienes que el ministro religioso o médico de cabecera habría heredado abintestato si no hubiese habido testamento, lo que presupone que dicho ministro o médico sean parientes del causante en grado sucesible, que estén dentro de sus herederos abintestato. En tal caso, los efectos de esta incapacidad se atenúan, porque cuando lo asignado en el testamento excede la porción que al ministro o médico *le habría* correspondido abintestato, sólo recae sobre el exceso, sobre éste únicamente hay incapacidad, adquiriendo aquéllos lo asignado hasta concurrencia de lo que les habría tocado abintestato. La razón es que no sería justo privarlos hasta de esa porción, que de todos modos habrían recibido si no hubiera habido testamento, por una supuesta captación que pueden no haber verificado realmente.

Lo que excede a la porción que el ministro religioso o médico habría recibido si no hubiese habido testamento, queda intestada, porque en esta parte la asignación no ha tenido efecto. Por consiguiente, les corresponde a los herederos abintestato, que pueden ser los mismos que están instituidos

como herederos testamentarios junto con el ministro o médico, pero éstos, que también son herederos abintestato, no toman parte en ese exceso, porque respecto de él son incapaces.

Supongamos el siguiente caso: el causante Simón es confesado durante su última enfermedad por su hijo legítimo Pedro, que es sacerdote, y durante la misma enfermedad hace testamento, dejándole a Pedro un medio de su herencia, a sus otros hijos legítimos Juan y Diego les deja un octavo a cada uno, y a su esposa Sara le deja un cuarto; estos son sus parientes más cercanos, que también serían sus herederos abintestato si no hubiera hecho testamento (Art. 988 C.No. 1o.). A Pedro le habría correspondido abintestato $1/4$, pero como en el testamento se le ha dejado $1/2$, hay un exceso de $1/4$, acerca del cual es incapaz. Ese $1/4$ de exceso les corresponde a Juan, Diego y Sara, por lo que hay que dividirlo entre tres, lo que da $1/12$, que se suma a lo que a cada uno le corresponde por el testamento, resultando que a Juan le corresponde de la herencia $5/24$, a Diego también $5/24$ y a Sara $1/3$. Sumadas estas fracciones da $3/4$, más el $1/4$ que se le dejó a Pedro hacen la unidad, el entero hereditario: $4/4$ igual a 1.

Puede ocurrir que a uno, o más, de los herederos abintestato no se le haya dejado nada en el testamento, caso en el cual sólo le corresponderá parte del exceso que quedó intestado por la incapacidad del religioso o médico de cabecera, saldrá, pues, favorecido debido a esa incapacidad. En el caso anterior, si a Pedro se le ha dejado en el testamento el mismo $1/2$, a Juan $1/4$ y a Diego $1/4$, no dejándosele nada a Sara, el $1/4$ de exceso sobre el cual hay incapacidad de Pedro, se dividirá entre Juan, Diego y Sara, lo que ya sabemos que da $1/12$; esto se suma al $1/4$ que tienen Juan y Diego en el testamento, dando $1/3$ para cada uno, entre los dos tienen $2/3$, más el $1/4$ que se le dejó a Pedro y el $1/12$ de Sara (que no tenía nada en el testamento) hacen sumados $12/12$ o sea 1.

Pero si al ministro religioso o al médico de cabecera, se les ha instituido herederos universales junto con otros, la porción en exceso de lo que le correspondería abintestato, acrecerá a los otros herederos universales.

5) El notario, o funcionario que haga las veces de tal, que pueden ser los Jueces de Primera Instancia con jurisdicción en lo Civil, y los Jefes de Misión Diplomática Permanente y Cónsules de Carrera de la República en el extranjero, es incapaz para recibir asignaciones hechas a su favor en el testamento que ha autorizado, por la misma razón apuntada al hablar de la incapacidad del ministro religioso, y esta de que aquí se trata recae también sobre el cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos, cuñados y sirvientes asalariados de dicho notario o funcionario.

Al establecer esta incapacidad, el inciso primero del artículo 1044 C., dice que no vale disposición alguna testamentaria en favor del notario que autorizare el testamento o de las otras personas mencionadas. El inciso segundo prescribe que lo mismo se aplica a las disposiciones en favor de

cualquiera de los testigos en los testamentos cerrados, sin que por razón de ellas se pueda anular el testamento.

Lo anterior nos plantea dos interrogantes: 1) en el caso de la asignación hecha al notario o funcionario o a las otras personas mencionadas en el inciso primero, lo único que no vale es esa asignación, o todo el testamento es nulo; 2) al decir el inciso segundo que lo mismo se aplica a las disposiciones en favor de cualquiera de los testigos en los testamentos *cerrados*, significa que sí valen las hechas en favor de cualquiera de los testigos en los testamentos *abiertos*? Según la redacción del inciso primero puede afirmarse que de él aparece con claridad que lo único que no vale es *la disposición* a favor del notario o de los demás ahí mencionados, y que todas las otras disposiciones sí tienen validez, con lo que se estaría aplicando el mismo principio que sienta el inciso segundo al decir, en relación con las asignaciones hechas a cualquiera de los testigos en los testamentos cerrados: "sin que por razón de ellas se pueda anular el testamento". Pero ocurre que el artículo 9 de la Ley de Notariado establece que se prohíbe a los notarios autorizar instrumentos en que resulte o pueda resultar algún provecho directo para ellos mismos, o para sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o a su cónyuge (el único que queda excluido aquí, de los enumerados en el inciso primero del artículo 1044 C., es el sirviente asalariado del notario o funcionario) bajo pena de nulidad del instrumento, con lo que se plantea una antinomia: según el 1044 C., inc. 1o., lo que no vale es la disposición a favor de las personas que enumera, y de acuerdo con el artículo 9 de la Ley de Notariado *todo* el testamento es nulo, excepto en el caso del sirviente asalariado, a quien no comprende este artículo, cuya disposición sería únicamente la que no valdría, según o conforme al inciso primero del 1044 C., que sería el único que regiría su caso. Pero tal contradicción desaparece si se reserva a cada una de esas disposiciones un campo de aplicación propio, así: si el testamento en que se ha dejado la asignación a favor del notario o funcionario que lo autorizó, o a favor de cualquiera de las otras personas ya dichas, es cerrado, lo que no vale es únicamente esa disposición, de acuerdo con el inciso primero del artículo 1044 C.; pero si ese testamento es abierto, todo el testamento es nulo, de acuerdo con el artículo 9 de la Ley de Notariado.

La razón jurídica suficiente de la anterior solución consiste en que, en el testamento cerrado no es necesario que el testador haga sabedores de sus disposiciones al notario y testigos, y por consiguiente ellos pueden ignorar la existencia de la asignación hecha a su favor, lo que no puede ocurrir tratándose de un testamento abierto, porque en este ese conocimiento es precisamente la formalidad esencial (Art. 1010 C.) y siendo esto así, no existe motivo para excusar la nulidad.

Pero la anterior solución es para el caso en que el testador no sea pariente dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad o cónyuge del notario o funcionario que hace sus veces, porque si lo es, el testamento es nulo, sin atender a si contiene o no alguna disposición para dicho notario o funcionario, ni a qué clase de testamento se trate, de conformidad con el inciso segundo del artículo 9 de la Ley de Notariado.

En cuanto a que la ley dice que no valen las *disposiciones* en favor de cualquiera de los testigos, circunscribiendo esto a los del testamento cerrado, no significa que sí valgan las que se hagan en favor de los testigos de un testamento abierto. Aquí no se puede aplicar el argumento "a contrariu sensu", porque ello sería hacer decir al inciso segundo del artículo 1044 más de lo que dice. La razón de que ese inciso sólo se refiera a los testigos de los testamentos cerrados, es que el caso de que el testamento sea válido no obstante habersele dejado una asignación a cualquiera de los testigos, solamente puede darse tratándose de testamentos cerrados. Si en un testamento abierto se le dejara una asignación a cualquiera de los testigos, el testamento sería nulo. Esta diferencia se debe a que los testigos de un testamento *cerrado*, aunque en él se les haya dejado alguna asignación, no son incapaces para ser testigos en ese testamento, porque no tienen interés *conocido*; en cambio, el interés del testigo de un testamento abierto a quien en el mismo se le ha dejado una asignación sí es *conocido*, razón por la que no podía ser testigo de ese testamento, de donde viene que tal testamento sea nulo. Todo esto de conformidad con el inciso tercero del artículo 34 de la Ley de Notariado.

16.-CARACTERISTICAS DE LAS INCAPACIDADES. Las incapacidades tienen como características: a) ser de orden público, tienen por objeto proteger los intereses de la sociedad más que el interés particular del causante; y b) operan de pleno derecho -ipso jure- no siendo necesario que sean declaradas judicialmente, no hay que seguir un juicio contra la persona que se encuentre en una de las situaciones previstas por la ley como generadoras de incapacidad, para declararlo incapaz. Producen el efecto de impedir que el asignatario adquiera la herencia o legado por sucesión por causa de muerte y tradición.

Presentando tales características las incapacidades, la voluntad del causante no es eficaz para privarlas de su efecto, que es la nulidad de la asignación, ni aun por medios indirectos, cometiendo fraude de ley, porque el legislador ha tomado sus precauciones para evitarlo. Ha dispuesto en el artículo 967 C., que será nula la disposición a favor de un incapaz, aunque se disfrace bajo la forma de un contrato oneroso, como sería el caso de que el testador ordenara entregar alguno de sus bienes a un tercero porque se lo

ha vendido, y ese tercero fuera incapaz para recibir de él asignaciones por causa de muerte. Esta disposición sería nula, a menos que existiera un principio de prueba por escrito de la venta, que vendría a demostrar que ésta era verdadera; demás está decir que tampoco sería nula la disposición si existiera plena prueba del contrato oneroso. O por interposición de persona, continúa diciendo la disposición legal citada. Hay persona interpuesta - interpósita persona- cuando el testador deja la asignación a una persona capaz para que ésta se la haga llegar a un incapaz. Quienes se prestan para cometer un fraude de ley sirviendo de personas interpuestas, en este caso para burlar las incapacidades, reciben el nombre de testaferreros, hombres de paja o prestanombres.

En el inciso segundo de la misma disposición legal, se establece que se tendrán como personas interpuestas el cónyuge, los ascendientes, descendientes y hermanos del incapaz, de manera que tales personas, según dicha disposición, se presume que son interpuestas. Cabe preguntar si esta presunción es de derecho o simplemente legal. Si se decide que es de derecho, la asignación, por el sólo hecho de dejarla a alguno de esos parientes del incapaz, sería nula, lo cual en algunos casos resultaría injusto, porque la asignación puede realmente haberseles hecho a ellos, no para que la pasen al pariente incapaz. Por eso más bien se trata de una presunción legal, que admite prueba en contrario. Acerca de esto Luis Claro Solar ("Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado", Tomo XIII "De la sucesión por causa de muerte" I, Volúmen VII de la Edición Facsimilar de 1979 "De la sucesión", pág. 107) dice que "el hecho sólo del parentesco no es suficiente para determinar la interposición de una persona entre el testador y el incapaz, aunque naturalmente es una circunstancia que en ciertos casos puede ser bastante para presumir la interposición".

Pero hay quienes sostienen lo contrario, como Santiago C. Faszi ("Tratado de los testamentos", Vol. 1, Ed. ASTREA, Bs. As. 1970, pág. 502). Este autor, después de expresar que "tratándose de personas interpuestas, caben dos supuestos: a) Que la disposición sea en favor de algún allegado del verdadero favorecido que, por su vinculación con el mismo, haga más vehemente la sospecha de simulación, y en tal caso la simulación se presume; y b) Que lo sean otras personas, y entonces el que la alega debe probarla", agrega, comentando el inciso segundo del artículo 3741 del Código argentino, que es parecido a la segunda parte del artículo 967 del nuestro, puesto que dice "son reputadas personas interpuestas el padre y la madre, los hijos y descendientes y el cónyuge de la persona incapaz", sostiene que se trata de una presunción "juris et de jure", afirmación según la cual -acotamos nosotros- esas personas serían también incapaces.

La incapacidad establecida en el artículo 1044 C., en el cual todas las personas ahí mencionadas son indudablemente incapaces, no interpuestas, por lo que la disposición a favor de cualquiera de ellos, sin más, es nula, nulidad que abarca a veces todo el testamento, como se ha visto, puede ser burlada por el testador fingiendo una deuda a favor de cualquiera de ellas, confesando una deuda que en realidad es simulada. Por ello, el artículo 1045 C. prescribe que "el crédito a favor de alguna de las personas expresadas en el artículo precedente que no conste sino por el testamento, no podrá exigirse". Si existe siquiera un principio de prueba por escrito de esa deuda, sí podrá exigirse, porque ello demostraría que no se está tratando de burlar la incapacidad.

No obstante que el artículo 1045 hace referencia exclusiva a las personas mencionadas en el artículo 1044, lo dispuesto por aquél es también aplicable a las que son incapaces por otros motivos, puesto que confesar una deuda en el testamento a favor de cualquier otro incapaz cuando no hay ni siquiera un principio de prueba por escrito de ella, queda comprendido en la nulidad establecida por el artículo 967.

Hay una última disposición legal que tiende a evitar que se burlen las incapacidades. Según el artículo 973 C., es indigno de suceder el que, a sabiendas de la incapacidad, haya prometido al difunto hacer pasar sus bienes o parte de ellos, bajo cualquier forma, a una persona incapaz, excepto el que por temor reverencial hubiere hecho la promesa. Esta promesa la puede haber hecho no sólo el cónyuge, los ascendientes, descendientes o hermanos del incapaz, sino cualquier persona instituida como; heredero o legatario en el testamento del que la exigió; no solo los parientes del incapaz que se enumeran pueden ser personas interpuestas, sino cualquier otro o un extraño. Aquí radica la importancia de decidir si los parientes del incapaz que se enumeran, se tienen "juris et de jure" como interpuestas o sólo "juris tantum", porque si es lo primero, a ellos no hay necesidad de probarles la interposición, pero a las otras personas sí.

Se dijo ya que no es necesario que las incapacidades sean declaradas judicialmente a virtud de un juicio seguido contra la persona que se encuentre en una de las situaciones previstas por la ley como incapacidades, puesto que operan de pleno derecho; empero, hay casos en que la prueba de que un asignatario está dentro de uno de esos supuestos no es preconstituida, y no siendo entonces evidente la incapacidad, mal podría operar de pleno derecho, como puede ocurrir con el ministro de cualquier culto o el médico de cabecera del testador, a quienes por lo general sí hay necesidad de probarles en juicio ordinario de disputa sobre los derechos a la sucesión, las circunstancias a que se refiere el artículo 966 C., esto es, que confesaron o asistieron al testador durante su última enfermedad, tiempo en el cual hizo el testamento en que los instituyó herederos o legatarios, o habitualmente en los dos años anteriores al testamento.

Finalmente, la incapacidad no priva del derecho de reclamar alimentos a los herederos del causante respecto de quien se es incapaz, si es que se tiene derecho a ellos según las reglas generales.

17.- COMO PUEDE ADQUIRIR UNA ASIGNACION EL INCAPAZ. Un incapaz puede haber aceptado la herencia y obtenido la declaratoria de heredero sin que nadie se lo estorbara; puede también habersele hecho la tradición de lo legado.

En el caso del heredero la tradición se verifica por ministerio de ley en el momento en que se acepta la herencia; a los legatarios se las hacen los herederos. Pero ninguno de ellos, ni el heredero ni el legatario incapaz, se hacen dueños de la herencia o legado en virtud de la tradición que se les ha hecho, ya que por su misma incapacidad no pueden adquirir el dominio de la asignación por sucesión por causa de muerte y tradición, título traslativo de dominio y modo de adquirir, respectivamente. Pero pueden haber entrado en posesión material del objeto de la asignación, porque la tradición, si bien no les traspasó el dominio, sí los colocó en situación de adquirir la posesión.

En el caso del heredero, la declaratoria de ser tal constituye para él un justo título para los efectos de la posesión, y en el del legatario el justo título es el testamento judicialmente reconocido, en que fue instituido como tal (artículo 748 C. in fine), aun cuando podría sostenerse también que la declaratoria de heredero o el testamento, no son justos títulos para un heredero o legatario incapaz. Como poseedor del objeto asignado, el incapaz puede llegar a adquirir su dominio por prescripción, pero sólo por prescripción extraordinaria, la de treinta años o treintenaria, porque no sería un poseedor regular, aunque se decidiera que tiene justo título, ya que de todos modos le faltaría el otro elemento de la posesión regular que es la buena fe al momento de tomar o adquirir la posesión, desde luego que cuando la adquiere está de mala fe porque *sabe* que es incapaz.

Entonces, un incapaz puede adquirir el dominio de la cosa asignada por prescripción adquisitiva de treinta años, si durante ellos no es demandado por los que tienen interés en excluirlo por ser incapaz. Al no ocurrir esto, al mismo tiempo que el incapaz prescribe la herencia o legado, se *extinguen* por prescripción extintiva las acciones de los que tengan interés en excluirlo, en aplicación del artículo 2256 C., según el cual "toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho". En el caso que nos ocupa, las acciones por las cuales se podía haber reclamado el derecho a la herencia o al legado (petición de herencia, reivindicación) se extinguen por la prescripción adquisitiva que se ha operado a favor del heredero o legatario incapaz.

Esto es lo que significa el artículo 968 C., cuando dice que "el incapaz no adquiere la herencia o legado, mientras no prescriban las acciones que contra él puedan intentarse por los que tengan interés en ello". Supone, pues, como se ha visto, que el incapaz está en posesión de la herencia o legado. Esa posesión también puede tomarla sin ampararse en una declaratoria de heredero o en la tradición de lo legado, pero en este caso no está prevaliéndose de la institución que como heredero o legatario se le ha hecho, sino que se coloca en la situación de cualquier persona extraña a la sucesión que se posesiona de la herencia o de un bien singular correspondiente a la misma y llega a prescribirlos, caso que también puede darse.

18.- DIGNIDAD. Para suceder por causa de muerte no basta tener vocación sucesoria y ser capaz de adquirir respecto de determinado causante; es necesario, además, ser digno de recibir la herencia o legado deferidos, merecer la asignación, que es lo que significa la dignidad para suceder. Por consiguiente, los actos ofensivos que el asignatario verifique contra el causante o contra su cónyuge, ascendientes y descendientes legítimos, le hacen desmerecer a los ojos de la ley, la asignación a que es llamado, sea a título universal o singular, convirtiéndolo en indigno de recibirla. El mismo efecto producen el quebrantamiento de los deberes que impone la solidaridad familiar, los atentados contra la libertad de testar del causante y la defraudación de la confianza que el causante haya dispensado al asignatario. La indignidad viene a ser entonces la falta de mérito para suceder a una determinada persona. Todos los hechos que producen indignidad, al igual que los que producen incapacidad, están expresamente señalados por la ley, y, como acontece con aquéllos, tampoco cabe equiparar a estos, por interpretaciones analógicas, situaciones parecidas, porque las indignidades son sanciones civiles, y estas son excepcionales, de derecho estricto.

En el artículo 969 C., se establecen varias indignidades, cinco en total, lo que parece una falta de técnica porque tal enumeración tiene visos de taxativa, y sin embargo, en otras disposiciones del mismo Título y de otros del Libro Tercero del Código, e incluso en el Libro Primero, se encuentran otras. Tal proceder se explica por la influencia de la teoría que sostiene que la indignidad es en el fondo un desheredamiento hecho por la ley, lo que indudablemente movió al legislador a establecer como causales de indignidad hechos que también contituian causales de desheredamiento cuando regía entre nosotros la sucesión legitimaria, de donde aquél es propio, y precisamente, las indignidades que enumera la disposición legal citada eran, con algunas variantes que exigía la naturaleza de aquella institución, las causales de desheredamiento; y como en el Capítulo que de este trataba en el

Código Civil de 1860 estaban enumeradas en un solo artículo, que sí era taxativo porque no habían más, así se les hizo figurar también como indignidades.

La primera de las indignidades que comprende el citado artículo consiste en haber cometido el delito de homicidio en la persona del causante, al que la ley llama "crimen", siguiendo la clasificación francesa de los hechos punibles, que es tripartita (crímenes, delitos y contravenciones o faltas); la nuestra es bipartita -delitos y faltas- por lo que aquella palabra es desconocida en la terminología jurídico-penal del país. En ese numeral queda comprendida la intervención del asignatario en ese delito tanto como autor inmediato como mediato, y aun como cómplice, ya lo haya cometido por acción ya por omisión, no importando que lo cometa o no con la intención de heredar, es decir, que esto sea o no el motivo del delito. Se le critica que no excluya de la indignidad al que cometió ese delito culposamente, por que no es justo que el homicidio culposo sea sancionado civilmente con indignidad. Este numeral no exige que el asignatario haya sido condenado por sentencia ejecutoriada, pero es evidente que ello es necesario, porque los hechos punibles no se pueden probar en juicio civil, en el cual hay que establecer la indignidad como adelante se verá, y según la ley penal todo imputado es inocente mientras no se prueba su culpabilidad, de donde también resulta que si el asignatario es absuelto en el juicio penal no habrá lugar a la indignidad.

La segunda consiste en haber cometido un hecho que la ley castiga como delito contra la vida, el honor o los bienes del causante, o de su cónyuge o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos. Entre los hechos que la ley castiga como delito contra la vida está el homicidio; pero este hecho, cuando se comete contra el causante, ya fue contemplado como motivo de indignidad en el numeral primero, según se acaba de ver, bajo la calificación de crimen, que es la categoría más grave de la clasificación tripartita de los hechos punibles. De la mezcla, pues, de los dos sistemas de clasificar el hecho punible ha resultado que el homicidio ha sido tomado dos veces como causal de indignidad; pero la confusión que produce esta dualidad se obvia aplicando el numeral primero cuando se trata de homicidio cometido en la persona del causante, y el numeral segundo cuando se trata de cualquier otro delito contra su vida, debiéndose también comprender los delitos contra la integridad personal; en otros términos, del numeral segundo hay que excluir el homicidio cometido en el causante, porque ya está contemplado en el numeral primero. Respecto de las demás personas enumeradas en el segundo sí quedan comprendidos todos los delitos contra la vida.

Los delitos que lesionan el honor sólo son, de acuerdo con el Código Penal, la difamación y la injuria; y entre los que lesionan los bienes (delitos contra el patrimonio) se encuentran el hurto, robo, estafa, apropiación o retención indebidas, usurpación, daños.

No quedan comprendidos como indignidades el adulterio cometido con el cónyuge del causante, la violación cometida en la cónyuge del mismo o en sus ascendientes o descendientes, ni el incesto. Acerca de este último, la Comisión Reformadora de 1902, cuando reformó el artículo que declaraba incapaz al que hubiera sido condenado por "el crimen de dañado ayuntamiento" con la persona de cuya sucesión se tratara, dejando como incapacidad únicamente el adulterio con el causante (Art. 965), dijo que quedaba comprendido en el número segundo del 969 C. Esta afirmación se debió a que siguiendo el pensamiento de Claro Solar, nuestro legislador lo consideró incluido en los delitos contra el honor; pero ya no debe considerarse así, puesto que el bien jurídico que realmente lesiona el incesto es la moral familiar.

Por la misma razón de que el adulterio con la cónyuge del causante, la violación de la cónyuge del mismo o de sus ascendientes o descendientes, no lesionan el honor del causante, sino que son delitos contra el matrimonio y la libertad sexual, respectivamente, es que no quedan comprendidos en el numeral que se examina, a pesar de que Claro Solar (Luis Claro Solar: ob.cit.pág. 91) dice al respecto: "Hemos dicho que la gravedad del atentado puede aparecer de la naturaleza misma del hecho que lo constituye. Así el adulterio cometido por el heredero o legatario con la mujer del testador constituye evidentemente un atentado grave contra el honor de la persona de cuya sucesión se trata, y entra, por lo mismo, en esta causal, como lo constituiría también la violación o el estupro de una hija de matrimonio anterior de la mujer del difunto, porque sería un atentado grave contra el honor de su cónyuge...". Sin embargo, estamos de acuerdo en que sí deben figurar como causales de indignidad, pero no porque lesionen el honor del causante, sino simplemente porque son ofensas graves contra él.

En el numeral tercero se establece una indignidad cuyo fundamento es el quebrantamiento de los deberes que impone la solidaridad familiar; afecta al cónyuge y a los consanguíneos del causante dentro del cuarto grado inclusive, que en el estado de enajenación mental o de indigencia (falta de medios para pasar la vida) de aquél, no lo hayan socorrido pudiendo hacerlo. Si una persona se encuentra en insania, su cónyuge y sus parientes más cercanos tienen el deber moral de ampararlo y de procurarle, por los medios adecuados, la recuperación de la salud mental; dejarlo abandonado a su suerte en tal estado indica no sólo desafecto sino perversidad, y es comprensible que tal conducta produzca indignidad, no siendo necesario para privar a tales parientes de la asignación, ya que la ley lo no exige, que el

insano haya sido puesto en interdicción. Tampoco son dignos de suceder al causante a quien no socorrieron procurándole ayuda económica, al menos para su alimentación, cuando se encontraba en estado de indigencia, de suma pobreza, por las mismas razones que en el caso anterior, y además, porque aprovechar la fortuna que después logró obtener, sin haberlo socorrido cuando él lo necesitaba, es una gran inmoralidad.

En los numerales cuarto y quinto se sancionan con indignidad las violencias contra la libertad de testar, pues en ellos se excluye de la sucesión al que por fuerza o dolo obtuvo alguna disposición testamentaria del difunto, o le impidió testar o variar su testamento, y al que dolosamente lo ha detenido u ocultado. Una disposición testamentaria se obtiene por fuerza cuando para ese fin se ejerce presión sobre el testador, ya sea maltratándolo físicamente o amenazándolo con un mal futuro, intimidándolo, pues se comprende tanto la fuerza física como la moral; y se obtiene por dolo cuando se verifican maniobras mediante las cuales se influye en el ánimo del testador, en el sentido de que éste prefiere como sucesor al que tales maniobras verifica en vez de aquel o aquellos hacia quienes su voluntad estaba naturalmente inclinada. Esas maniobras tienden, pues, a desacreditar ante el testador a las personas a quienes se presume favorecerá en su testamento, de quienes aquél se crea, o le crean más propiamente, una falsa imagen respecto de sus cualidades personales o de su grado de afecto hacia él, lo que lo determina en favor del autor del dolo.

Por otra parte, según el artículo 1004 C., las disposiciones testamentarias en que haya intervenido error, fuerza o dolo, son nulas en todas sus partes. La fuerza y el dolo, cuando inciden sobre la voluntad del testador, pueden haber sido empleados no sólo por el asignatario sino por cualquier persona; cuando los emplea el asignatario la disposición es nula y aquél se vuelve indigno, lo que reviste particular importancia porque, aunque la asignación obtenida por esos medios no la recibe por ser nula, por su indignidad tampoco puede recibir cualquier otra hecha válidamente en el mismo testamento a su favor, o abintestato en los casos en que por la fuerza o el dolo todo el testamento es nulo.

Cuando la ley dice que es indigno el que dolosamente ha detenido un testamento, se refiere al que teniéndolo en su poder lo retiene, no lo entrega, con el fin de impedir o estorbar la producción de sus efectos, como cuando no lo presenta para su apertura cuando es cerrado, y hay necesidad de apremiarlo para que lo exhiba, o no lo entrega a los interesados para que prueben su derecho cuando es abierto; y cuando dice que también es indigno el que ha ocultado el testamento se refiere al que lo ha escondido, o ha callado que lo tiene a sabiendas de que ya se abrió la sucesión, o niega

tenerlo. La ocultación puede haber comenzado por una sustracción hecha a quien legítimamente lo tenía en su poder, aun cuando nuestra ley no habla de ella, lo que se debe a que la sustracción, que aquí significa hurto, no es un fin en sí, sino un medio necesario para verificar la ocultación, que es lo que se pretende con aquélla. Tales detención y ocultación deben ser dolosas, verificadas con la intención de perjudicar a otro; pero no hay necesidad de probar el dolo, porque según la misma ley que exige esa intención, ésta, o sea el dolo, se presume por el mismo hecho o por el mero hecho de la detención u ocultación. Esta presunción es simplemente legal (*juris tantum*), lo que indica que lo único que ocurre es que la carga de la prueba, el *onus probandi*, se invierte: el que alega el dolo no está obligado a probarlo, como acontece ordinariamente, porque se presume, pero aquel a quien se le imputa es admitido a probar que su proceder fue justificado, no doloso.

El fin que puede proponerse quien detiene u oculta un testamento es el de que las disposiciones del testador no tengan efecto, el de frustrarlas, vale decir, que la sucesión se abra abintestato, porque sabe o sospecha que en el testamento no ha sido favorecido, o que la asignación que se le ha dejado es inferior a lo que le correspondería abintestato, porque hay que dar por supuesto que quien tales actos verifica tiene vocación sucesoria legítima, que es heredero presunto abintestato, ya que sólo así podrá tener interés en la detención u ocultación, y hace comprensible el hecho de que sea sancionado con indignidad, ya que si no está instituido en el testamento ni es sucesor abintestato, mal podría ser excluido de la sucesión como indigno. Pero actualmente es casi imposible obtener ese fin, debido a las especiales formalidades que para asegurar la eficacia de los testamentos se han prescrito. De nada sirve, por ejemplo, ocultar un testamento cerrado porque existe el duplicado archivado en la Corte Suprema de Justicia, o un testamento abierto porque se puede pedir otro testimonio en el mismo Tribunal, todo con los requisitos legales. Extraña que no esté comprendido el caso del que falsifica un testamento, que es tan grave como los anteriores y quizá más, que debería estar sancionado también civilmente con indignidad.

También produce indignidad la omisión consistente en no denunciar o avisar a la justicia el homicidio cometido en la persona del causante, porque ello es revelador de ingratitud hacia aquél y hasta puede ser indicativo de alguna forma de participación en el hecho punible. La disposición que establece esta indignidad (Art. 970) habla de no denunciar o avisar *a la justicia* el delito cometido, entendiéndose que se refiere a los tribunales que conocen de lo penal; sin embargo, si el aviso se da a los ahora llamados órganos auxiliares de la administración de justicia en materia penal o a la Fiscalía General de la República, no debe considerarse al sucesor incurso en indignidad, desde que aquéllos están facultados por el Código Procesal

Penal para recibir avisos tratándose de delitos perseguibles de oficio, como es el homicidio. Tales denuncia o aviso deben hacerse tan pronto como hubiere sido posible, lo que es más apropiado que prescribir un plazo para ello, como acontece en otras legislaciones, y no es necesario hacerlos cuando la justicia ya hubiere empezado a proceder sobre el caso, la que por regla general lo hace inmediatamente tratándose de esta clase de delitos, por lo que esta indignidad es de muy escasa ocurrencia; podría darse en aquellos casos en que el homicidio tiene apariencia de muerte natural o de un accidente. No comprende a los impúberes, dementes o sordomudos que no se dan a entender por escrito, ni puede alegarse cuando el heredero o legatario es cónyuge de la persona por cuya obra o consejo se ejecutó el homicidio, o es su ascendiente o descendiente, o existe entre ellos parentesco de consanguinidad hasta el cuarto grado inclusive o de afinidad hasta el segundo; no comprende a los tres primeros porque son incapaces absolutamente, y no se puede alegar contra los demás que se enumeran porque no puede exigírseles que para no incurrir en indignidad cometan una infidencia contra sus parientes cercanos, involucrándolos en un delito, lo que también iría contra la solidaridad familiar.

Esa solidaridad familiar también impone a los parientes cercanos de un impúber que no está bajo la potestad de padre o madre que pueda darle la debida asistencia, o de un demente o sordomudo, el deber de pedir que se le provea de un guardador, tutor o curador según los casos; por ello la ley (Art. 971 C.) dispone que es indigno el que siendo llamado a suceder abintestato al impúber, demente o sordomudo, no pidió que se le nombrara el correspondiente guardador y permaneció en esta omisión un año entero, que debe contarse desde que surgió la necesidad de la guarda; que transcurrido el año la obligación de pedir el guardador recae en los llamados en segundo grado a la sucesión intestada, pero no se extiende a los menores no habilitados de edad, a los parientes colaterales mientras existieren de la línea recta que puedan hacer la petición, a la Universidad y a los hospitales, ni en general a los que están bajo tutela o curaduría. Llama la atención que la ley todavía diga que transcurrido el año la obligación recae en los llamados *en segundo grado* a la sucesión intestada (de lo que se infiere que primero recae en los llamados en *primer grado*) lo que ya no es propio, porque ahora la ley ya no llama a suceder por proximidad de grado de parentesco con el causante sino por órdenes, en los que ya no importa ese grado de parentesco, sucediendo todos los que están comprendidos en cada orden, sean del grado que fueren. Debe entenderse entonces que transcurrido el año para los llamados en primer orden la obligación recae en los llamados en segundo orden, y en este sentido debió reformarse la disposición correspondiente, cuando se cambió el sistema de órdenes de la sucesión intestada, formándose los actuales.

La obligación no se extiende a los menores no habilitados de edad, ni en general a los que están bajo tutela o curaduría, ya que si ellos no pueden valerse por sí mismos mal puede exigírseles que velen por la protección de otros incapaces; tampoco a la Universidad y los hospitales, que son sucesores abintestato, por su misma naturaleza, pues como personas jurídicas que son no pueden tener parentesco con personas naturales ni obligación alguna de velar por ellas; ni a los parientes colaterales mientras existieren de la línea recta que puedan hacer la petición, de modo que la obligación recaerá en ellos no sencillamente cuando haya transcurrido el año para los llamados en primer orden y el año para los llamados en segundo orden, sino, además, cuando ya no existieren parientes de la línea recta, pues existiendo alguno, aunque ya le haya afectado la indignidad, sobre él sigue pesando la obligación de pedir el guardador. En otros términos, estando comprendidos todos los parientes de la línea recta llamados a la sucesión intestada, en los órdenes 1o. y 2o., si alguno de ellos existe, aunque ya le haya afectado la indignidad por haber dejado pasar su respectivo año sin hacer la petición, y puede hacerla porque no es de aquellos a quienes por su incapacidad natural no se extiende la obligación, esta no pasa a los parientes comprendidos en los órdenes del 3o. al 6o., que son todos colaterales; pasa sólo cuando ya no existe ninguno de la línea recta que pueda hacer la mencionada petición. Esta última exclusión fue introducida por ley publicada el 21 de junio de 1907. De todo esto se deduce que el legislador, para efectos de la sucesión intestada, sentó tácitamente un principio que tiene relación con el derecho de familia, el de que la obligación de pedir que se provea de guardador a una persona que lo necesite recae en primer lugar en sus parientes de la línea recta, y sólo a falta de ellos recae en los colaterales, al cual no se hace ninguna alusión en las reglas de las guardas. El Código de Chile (Edición Oficial de 1981) en el artículo correspondiente, en esta parte que estamos tratando dice: "Transcurrido el año recaerá la obligación antedicha en los llamados en segundo grado a la sucesión intestada", y Claro Solar (ob.cit.pág.9) agrega "y así sucesivamente mientras se mantiene la causa que hace necesario el nombramiento de tutor o curador", con lo que la obligación pasa a los colaterales sin el requisito que aquí se introdujo al siguiente inciso, pues el de Chile sólo dice: "La obligación no se extiende a los menores, ni en general a los que viven bajo tutela o curaduría o bajo potestad marital".

Esta causa de indignidad desaparece para aquellos sucesores que teniendo la obligación de pedir el nombramiento de guardador no lo hacen, pero aún no ha expirado su respectivo año de permanencia en esa omisión cuando el impúber llega a la pubertad, porque entonces ya puede pedir el nombramiento de guardador por sí mismo (Art.452 C.), o el demente o sordomudo toman la administración de sus bienes, porque indica que su incapacidad ha terminado (Arts.468 y 472 C.). Cuando son varios los

llamados a la sucesión intestada, basta que uno de ellos haga la petición, pues su diligencia aprovecha a los demás.

Para que se produzca esta indignidad no es necesario que el impúber, demente o sordomudo mueran en ese estado. Pueden morir mucho tiempo después de la pubertad, de haber sido rehabilitado el demente o de hacerse capaz de entender y ser entendido por escrito el sordomudo, pero aquéllos que quedaron indignos por haber dejado pasar su año sin pedir el nombramiento de guardador cuando esas personas lo necesitaban, quedan expuestos a la acción de indignidad cuando aquéllas mueran sin testamento, y acepten la herencia como herederos abintestato; es entonces cuando se les puede alegar la indignidad.

Los padres legítimos, la madre ilegítima y los abuelos legítimos, en las condiciones previstas por la ley, pueden nombrar tutor por testamento a sus hijos o nietos, según el caso; pueden también nombrar curador a los mayores de edad que se hallen en estado de demencia, o son sordomudos que no entienden ni se dan a entender por escrito, o para la defensa de los derechos eventuales de la criatura que está por nacer. Estos guardadores testamentarios son, por lo general, personas de la entera confianza del testador, por lo que si no entran a servir el cargo sin tener incapacidad legal para no hacerlo, devienen indignos para recibir cualquier asignación que el causante que los nombró les haya dejado, porque defraudan aquella confianza no prestando el servicio en atención al cual la ley presume que se les ha dejado la asignación; y que la ley presume que ese es el motivo de la asignación lo corrobora el hecho de que la misma prescribe que esta indignidad no tiene lugar si el testador ha dispuesto otra cosa, que no puede ser más que siempre tendrán derecho a la asignación, que lógicamente es indicativo de que el motivo de la asignación fue la mera liberalidad y no retribuir el cargo asignado.

La simple promesa hecha al causante de hacer pasar sus bienes o parte de ellos, en cualquier forma, a una persona incapaz, sabiendo el promitente que el tercero no tiene aptitud legal para suceder a dicho causante, produce indignidad en quien hace tal promesa, porque lo que está prometiendo es cooperar en un fraude de ley, como ya se vio al tratar de las previsiones legales para evitar que se burlen las incapacidades, pues estas son de orden público y en consecuencia todo acto que tienda a aquella finalidad es sancionado civilmente, y en este caso la sanción es la indignidad, aun cuando no se haya procedido a la ejecución de la promesa. Huelga decir que con más razón es indigno el que no sólo hace la promesa sino que la cumple, caso en el cual habrá servido de persona interpuesta. Mas no es indigno el que hace la promesa movido por el temor reverencial que siente hacia el causante, esto es, sólo por no desagradarlo u ofenderlo desobedeciéndolo, como cuando, debido a la relación de dependencia en que

respecto a él se encuentra el promitente, éste está obligado a respetarlo y obedecerlo. En este caso, el haber hecho la promesa no produce indignidad, pero sí habrá indignidad si esa promesa se ejecuta, porque no estando ya el asignatario que la ha hecho bajo la influencia de la voluntad del causante, de aquel temor reverencial, debía abstenerse de cumplirla, ya que sabía de la incapacidad del tercero; si no se abstuvo, la promesa no la hizo por temor reverencial, sino, con la intención seria de cumplirla. Los doctrinadores sostienen que este hecho debería ser generador de incapacidad no de indignidad, porque no es en interés del causante que se sanciona sino porque tiende a contravenir el orden público, desde luego que las incapacidades pertenecen al mismo.

Cuando son varios los herederos instituidos en el testamento, el testador puede nombrar en el mismo la persona que deberá proceder a la partición de los bienes entre aquéllos, puede nombrar partidor. Si la persona nombrada no acepta el encargo se hace indigna de suceder a quien lo nombró, lo que supone que se le ha dejado un asignación. Se trata, pues, de una indignidad que sólo tiene lugar en la sucesión testamentaria, como la de los guardadores nombrados en testamento, cuyos fundamentos también se aplican en esta que se estudia. Pero es raro que aquí no se haya prescrito que si el testador ha dispuesto otra cosa al respecto, no tendrá lugar la indignidad, porque existiendo la misma razón debería existir la misma disposición.

También se vuelve indigno todo partidor, no sólo el testamentario, que prevarica en el ejercicio de su cargo, siempre que la prevaricación haya sido declarada por juez competente (de lo penal); y como este caso se trata de un delito, esa declaración de juez competente a que alude la ley, se refiere a la sentencia condenatoria ejecutoriada pronunciada por el tribunal respectivo. Hay dos situaciones que también se comprenden entre las que producen la indignidad, porque excluyen de la sucesión intestada, a saber: la del viudo o divorciado que teniendo hijos de precedente matrimonio bajo su patria potestad, o bajo su tutela o curaduría, se casa sin haber hecho antes inventario de los bienes de aquéllos que esté administrando; y la del cónyuge que de hecho y sin justa causa abandonare a su marido o mujer, Artículos 179 y 992, respectivamente. La segunda admite prueba de que el abandono fue justificado, como que se debió a la ebriedad del cónyuge abandonado. Se dice que esos hechos producen indignidad porque privan del derecho de suceder abintestato a los hijos en el primer caso y al otro cónyuge en el segundo, de donde claramente se infiere que por testamento sí pueden sucederlos, que como se verá, es la forma en que el causante puede perdonar las indignidades. Mas, de las expresiones que la ley emplea al establecer la sanción ("*...perderá el derecho de suceder como heredero abintestato*", "*No tendrá parte alguna en la herencia abintestato...*") se ve que en realidad lo que esos hechos producen es la pérdida de la vocación sucesoria legítima, tal como la produce el divorcio para los cónyuges y

para el adoptado, en la adopción simple, la ruptura del vínculo adoptivo. En otros términos, la ley, que los había llamado a suceder al colocarlos en los órdenes de la sucesión intestada, les retira ese llamamiento.

También se considera como indignidad lo dispuesto por el artículo 295, que dice que a ninguno de los que hayan tomado parte en el fraude de falso parto o de suplantación, aprovechará el descubrimiento del fraude, ni aun para... suceder al hijo en sus bienes por causa de muerte.

La indignidades son preexistentes y sobrevenidas, pueden haber ya existido a la fecha de la muerte del causante o surgir después de esta. Son sobrevenidas, ocurren después de la muerte del causante: la del que detiene u oculta un testamento; la del que no denuncia o avisa a la justicia el homicidio cometido en la persona del difunto; la del que hizo la promesa de hacer pasar sus bienes o parte de ellos a una persona incapaz por temor reverencial, y *procede* a la ejecución de la promesa; y la de los guardadores y partidores testamentarios que no cumplen su encargo y de los últimos cuando prevarican.

19.- CARACTERISTICAS DE LAS INDIGNIDADES. Las indignidades se han establecido únicamente en interés del causante, no son de orden público; de aquí que aquél puede perdonarlas o dispensarlas. El perdón sólo se produce por el hecho de que el causante deje al indigno alguna asignación testamentaria con posterioridad a los hechos que produjeron la indignidad, aunque nada obsta para que el causante, además de dejar la asignación, diga que otorga el perdón, pero esto no es necesario. Cuando el causante simplemente deja la asignación al indigno, podría alegarse que lo hizo porque no tuvo conocimiento de esos hechos que constituyen indignidad, pero esto no es permitido, diciendo la ley al respecto que en tal caso esos hechos no pueden alegarse aun cuando se ofrezca probar que el difunto no tuvo conocimiento de ellos al tiempo de testar ni después, lo cual se debe a que no es posible probarlo; el causante puede haberlo sabido sin haber externado jamás ningún indicio de que lo sabía, dando la impresión de que no lo sabía. Esto, pues, quedó en su fuero interno y se lo llevó a la tumba.

No operan de pleno derecho, contrariamente a las incapacidades, sino que es necesario que se declaren en juicio, que debe ser ordinario, porque no se trata de una acción que debe decidirse sumariamente y no tiene trámites especiales señalados por la ley, a instancia de cualquier interesado en excluir al indigno, como lo puede ser un coheredero del indigno, un colegatario, los herederos abintestato cuando el indigno es el único testamentario o lo son todos los testamentarios, en la sucesión intestada los llamados en segundo

orden cuando los del primero son indignos, y en general todo el que con la exclusión del indigno puede obtener beneficio de la sucesión de que se trate, o un beneficio mayor que el que ya tiene, por acrecerle con la parte del indigno, aplicándose aquí la regla procesal de que el interés es la medida de la acción y también la de que sin interés no hay acción. Estas dos características de que se ha hablado hasta aquí aparecen en los artículos 974 y 975 C., respectivamente. El último, en su inciso segundo, prescribe que declarada judicialmente la indignidad, es obligado el indigno a la restitución de la herencia o legado con sus accesiones y frutos, lo que indica que la ley lo reputa como poseedor de mala fe, porque sólo estos son obligados a restituir todos los frutos, aplicándose en la restitución las reglas de las prestaciones mutuas de la acción reivindicatoria en lo referente a los poseedores de mala fe. Esta calificación del indigno como poseedor de mala fe constituye, con toda razón, una presunción de derecho, porque poseía a sabiendas del vicio que lo afectaba. Del mismo inciso se deduce otra característica de las indignidades: que el indigno recibe la asignación, es heredero o legatario, según el caso, y ejerce todos sus derechos de tal, pero puede ser privado de la asignación si se le sigue el juicio correspondiente para declararlo indigno y se le prueba la indignidad, caso en el cual es obligado a restituir. En esto es distinto al incapaz, que no puede adquirir. A propósito de esto, Luis de Gásperi (ob.cit.pág.189) cita a Merlin y Pothier, quienes al establecer las diferencias entre ambas inhabilidades para suceder dicen: "El incapaz no puede ni adquirir, ni recibir, al paso que el indigno, capaz de lo uno y de lo otro, no puede conservar lo que ha recibido".

Como ya no se puede alegar la indignidad cuando al indigno se le deja una asignación testamentaria con posterioridad al hecho que la produce, resulta que, de ordinario, el juicio de indignidad tiene lugar cuando la sucesión es intestada. Pero si la indignidad se comete después de hecho el testamento, o es de las que hemos llamado sobrevenidas, que sólo pueden ocurrir después de muerto el causante (que son testamentarias) habrá también lugar al juicio cuando la sucesión es testamentaria.

Una característica muy peculiar de las indignidades es la que establece el artículo 976 C., que consiste en que pueden *purgarse*, vale decir, limpiarse, lavarse, librándose la asignación del vicio que la afectaba; y esta purga se efectúa por el hecho de poseerse materialmente la herencia o legado durante diez años. Este tiempo se cuenta, para el heredero, desde que acepta la herencia, según el artículo 761 C., que dice: "La posesión de la herencia se adquiere desde el momento en que es aceptada", y para el legatario, desde que se le hace la tradición de la cosa legada. La posesión de lo asignado por parte del indigno durante ese tiempo origina la caducidad de las acciones que contra el mismo pueden intentar los que tienen interés en excluirlo. Si el indigno fallece antes de expirar los diez años, la herencia o legado se

transmite a sus herederos con el mismo vicio de indignidad, por todo el tiempo que faltare para completarlos, pero en este caso a quien se va a declarar indigno es a su causante, aunque ya se haya muerto, no a sus herederos; pero declarada la indignidad de su causante ellos son obligados a restituir. Esta es otra de las características de la indignidad. La establece el artículo 978 C., el que al decir que la herencia o legado se transmite a los herederos del indigno con el mismo vicio de indignidad de su antecesor "por todo el tiempo que falte para completar los diez años", está suponiendo que el indigno ya había entrado en posesión de la herencia o legado cuando se murió; pero también queda comprendido el caso en que el indigno falleció sin haber aceptado ni repudiado la herencia o legado que se le había deferido, y como consecuencia transmitió a sus herederos el derecho de aceptar o repudiar dicha herencia o legado, y éstos los aceptaron haciendo uso del derecho de transmisión. En este caso los herederos del indigno tendrán que poseer la herencia o legado los diez años completos para que el vicio de indignidad se purgue.

Por último, la acción de indignidad no pasa contra terceros de buena fe. El indigno, que está en posesión de lo asignado, puede haber enajenado alguno de los bienes comprendidos en la herencia o en el legado. Si el tercero lo adquirió de buena fe, ignorando que se lo compraba a un indigno, no le podrá reivindicar cuando se declare la indignidad de su vendedor. Pero el interesado que promovió el juicio de indignidad tiene derecho a que el indigno le restituya el valor de lo enajenado. Es obvio que si el tercero sabía que su antecesor era indigno, sí procede la acción contra él; pero no es la acción de indignidad la que pasa o no pasa contra los terceros, sino la reivindicatoria.

El artículo 979 C., prescribe que los deudores hereditarios, las personas que eran deudoras del causante y por la muerte de éste pasan a serlo de los herederos, no podrán oponer al demandante la excepción de incapacidad o indignidad. Es fácilmente comprensible que los deudores hereditarios no puedan oponer al asignatario que les reclama el pago la excepción de que es indigno, porque mientras no es declarado tal él es el dueño del crédito; que tenga que restituir lo cobrado a raíz de la declaratoria de indignidad -que produce efectos "ut ex tuc", retroactivos al momento en que tomó posesión de los asignados- es otra cosa, el pago del crédito que se le hace queda bien hecho. Sí causa extrañeza a algunos autores que la ley diga que tampoco pueden oponerle la excepción de incapacidad, porque "no es absolutamente natural ni legal que el incapaz, que no es heredero, ni puede serlo precisamente por su incapacidad, pueda demandar al deudor hereditario y éste no pueda rechazar su demanda alegando la incapacidad del demandante para ser heredero. La disposición de la ley, en cuando a la incapacidad, es una inconsecuencia, puesto que en el hecho viene a autorizar

la posesión irregular del incapaz y a dar por establecido que, si toma posesión de los bienes, puede demandar a los deudores hereditarios sin que estos puedan oponerle la excepción de incapacidad: ello es contrario al sistema seguido por la ley en materia de incapacidad." (Luis Claro Solar: ob.cit.pág.128). Pero si el incapaz se encuentra en posesión de la herencia, como en los casos ya estudiados, en que no obstante que la incapacidad obra de pleno derecho, si no se prueba en las diligencias de aceptación de herencia, por ejemplo, que el aceptante fue condenado por adulterio con el causante, o no se establece por aparte que fue el ministro religioso que lo confesó o atendió en la última enfermedad, o que fue el médico de cabecera que lo atendió durante la misma, será declarado heredero, y como poseedor de los bienes de la herencia podrá cobrar los créditos que se encuentren entre ellos, y no le podrá oponer la excepción de incapacidad el deudor porque el pago sería válido, liberaría al deudor no obstante saber que quien le cobra es incapaz, porque él no puede desconocer los efectos de la declaratoria de heredero que obtuvo el incapaz.

La indignidad tampoco priva al heredero o legatario excluido de los alimentos que se le deben por ley, excepto cuando se trata de las comprendidas en los numerales del uno al cuatro del artículo 969 C., porque estas son sumamente graves, y su sanción tiene que ser más drástica.

CAPITULO

IV

Transmisión de la herencia

20.- APERTURA DE LA SUCESION. Se ha dicho ya (supra #12) que la transmisión, cuyo concepto se ha dado en el número a que se hace remisión, es el acto jurídico que tiene lugar en la relación jurídica sucesoria, y que en él se distinguen tres momentos o fases fundamentales: la apertura de la sucesión, la delación y la aceptación o adición. Se mencionó también que cuando existe pluralidad de herederos la transmisión no termina con la aceptación, sino que continúa con la indivisión hereditaria y se agota el proceso con la partición. Aquí se estudiará el primero de los fundamentales, en los números que siguen los otros dos y en el Capítulo final los últimos.

Que una sucesión esté abierta significa que existe un patrimonio cuyo titular ha fallecido, y que ya puede comenzar el llamado doctrinariamente juicio sucesorio, conjunto de diligencias que tienen por objeto establecer quiénes tienen derecho a recoger ese patrimonio. Consiste, pues, en el franqueamiento del camino para quienes se crean con derecho al patrimonio que perteneció al difunto, a los bienes relictos, lo puedan ejercer. Tal apertura ocurre en el momento mismo en que fallece una persona, cuando se trata de muerte real, y desde el día presuntivo de la muerte en caso de desaparecimiento, artículo 80 C., reglas 5a. y 7a.

La apertura de la sucesión, entonces, siempre coincide con la muerte del causante. Esta muerte, como ya se dijo, puede ser la natural o la presunta. En el caso de esta última es necesario distinguir si a raíz de la fijación del día presuntivo de la muerte se ha concedido la posesión

provisoria de los bienes del desaparecido, o si se ha concedido la posesión definitiva de los mismos, porque los efectos que cada uno de estos decretos producen en cuanto a la apertura de la sucesión, son diferentes. Los del primero quedan limitados a lo que establece el artículo 83 C., que dice que en virtud del decreto de posesión provisoria, quedará disuelta la sociedad conyugal, si la hubiere con el desaparecido (hay que recordar que ahora sólo existe la sociedad conyugal como régimen económico matrimonial cuando se pacta en las capitulaciones matrimoniales), se procederá a la apertura y publicación del testamento (cerrado) si el desaparecido hubiere dejado alguno y se dará la posesión provisoria a los herederos presuntivos, que serán los que aparezcan instituidos como tales en el testamento cerrado, que para averiguar quiénes son es que se abre, o en el testamento abierto, y si no existe ningún testamento a los llamados a la sucesión intestada según las reglas generales; si no se presentan los herederos presuntivos, se declara yacente la herencia, Art. 83 C. inc. 2o. En este caso, las personas que tienen derechos subordinados a la condición de muerte del desaparecido (como los legatarios) no pueden hacerlos valer, sino hasta que se decrete la posesión definitiva, de acuerdo con el artículo 90 C., según el cual "decretada la posesión definitiva los propietarios, los legatarios, y en general todos aquellos que tengan derechos subordinados a la condición de muerte del desaparecido, podrán hacerlos valer como en el caso de verdadera muerte". En cambio, en los casos en que al fijar el día presuntivo de la muerte se concede inmediatamente la posesión definitiva de los bienes del desaparecido (Art. 80 regla 7a., y primero y segundo casos del artículo 81) la sucesión del desaparecido se abre según las reglas generales, como está prescrito por el último inciso del artículo 89 C.

La fijación precisa del momento en que una sucesión se abre es de capital importancia, por cuanto de ello depende que los derechos que sobre ella se pretende tener puedan ejercerse válidamente. Se prueba, en caso de muerte real, con la certificación de la partida de defunción, y en caso de muerte presunta, con la certificación del decreto que fija el día presuntivo de la muerte y concede la posesión provisoria o definitiva de los bienes, según los casos ya explicados. Esa importancia se evidencia al prescribir la ley que la herencia o legado se defieren al heredero o legatario en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata, si la asignación no es condicional, Art. 957; al exigir que para ser capaz de suceder es necesario existir al tiempo de abrirse la sucesión, con las excepciones que ya se vieron, Art. 963 (supra #15); al establecer que desde ese momento todo el que tenga interés en la sucesión puede pedir la aposición de sellos, Art. 1146; al prescribir que si dentro de quince días de abrirse la sucesión no se hubiere aceptado la herencia o una cuota de ella, ésta se declarará yacente, Art. 1164; que a ese momento se retrotraen los efectos de la aceptación o repudiación de una herencia y de los legados de especie, cuando la

asignación no ha sido hecha bajo condición suspensiva, o sea, cuando la delación coincide con la apertura y por consiguiente con la muerte (infra 22), Art.;1161; y al permitirse los pactos sobre una sucesión sólo a partir de aquel momento, y sancionarse con nulidad, por ilicitud del objeto, los celebrados antes, Art.1334.

La falta de correspondencia entre el momento en que realmente ocurrió la muerte y el que se tiene por probado, puede originar algunos problemas, como ocurriría si se probara que la muerte realmente ocurrió después del día que se ha fijado como presuntivo de la muerte, o que todavía no ha ocurrido, dando lugar a lo prescrito en los artículos 91 y 92 C. En caso de muerte real, un asignatario puede haber enajenado la cosa que se le asignó desde día cierto y determinado -caso en el que la propiedad se adquiere desde el momento de la muerte del testador- en la creencia de que ya tenía esa propiedad porque ya se había abierto la sucesión, cuando en realidad no la tenía porque a la fecha de la enajenación aún estaba vivo el testador; o puede acontecer que habiendo hecho una persona donación revocable de todos sus bienes, que se mira como una institución de heredero que sólo tiene efecto desde la muerte del donante, el donatario haya dispuesto de esos bienes antes de esa muerte; o bien, que una donación de la misma clase se haya tenido por caducada en virtud de que se creyó que el donatario murió antes que el donante, no siendo así realmente, sino al contrario.

La sucesión en los bienes de una persona, dice el artículo 956 C., se abre al momento de su muerte en su último domicilio. Mejor sería decir "la sucesión en los derechos y obligaciones de una persona", porque no sólo se sucede en los bienes, o decir simplemente "la sucesión se abre", como lo hacen los Códigos de la República Dominicana, República Oriental de Uruguay y Costa Rica (que por otra parte no dicen dónde se abre); usan la misma expresión que el nuestro los Códigos de Honduras y Colombia, y los de Guatemala y Perú tienen la particularidad de que no usan la expresión "apertura de la sucesión". El de Guatemala en su lugar dice: "Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte; y la sucesión puede ser a título universal y a título particular" (Art. 918). El del Perú no dice nada al respecto.

Referido a nuestro país, el domicilio a que se refiere la ley, es el domicilio civil, el que dice relación con una parte determinada del territorio nacional, según la división del mismo que para su administración política hace la Constitución, en relación con la división territorial en distritos judiciales que la Ley Orgánica Judicial establece, y que determina la jurisdicción, por razón del territorio, de los Jueces de Primera Instancia.

Al sentar la regla general, la ley agrega: "salvo los casos *expresamente*

exceptuados. Pero resulta que tales casos sólo pueden deducirse de la interpretación de ciertas disposiciones relacionadas con esta cuestión, tal como se ha procedido en relación con las excepciones a la otra regla general que sobre la ley que rige a la sucesión contiene la misma disposición legal, no siendo cierto que "expresamente" los exceptúe. Tales casos son: el de la presunción de muerte por desaparecimiento, porque entonces la sucesión se abre en el último domicilio que el desaparecido tuvo en El Salvador y no donde realmente lo tuvo, ya que ese lugar es desconocido, desde luego que se trata de una presunción de muerte; si llegara a establecerse fehacientemente la muerte en otro país, en donde tuvo el último domicilio, ya no habría caso de excepción porque la sucesión se abriría en ese país, atendiendo a la regla general, sino un caso atinente a la ley que debe regirla (supra #13) y habría lugar a uno de los casos de excepción al principio general de que la sucesión se rige por la ley del domicilio en que se abre. Y cuando el causante, salvadoreño o extranjero (por lo que se toman como dos casos), que deja bienes en El Salvador, tuvo su último domicilio en el extranjero, en que según las reglas generales allá debería abrirse su sucesión, pero si ha dejado herederos salvadoreños se abrirá aquí. De modo que las excepciones al principio general de que la sucesión se abre en el último domicilio que tuvo el causante, y las excepciones al otro principio general que establece que la sucesión se rige por la ley del domicilio en que se abre, tienen que ser las mismas, porque estas últimas presuponen que en la parte de la sucesión que se va a regir por la ley salvadoreña, esa sucesión se ha abierto aquí, con lo que ya no parecen excepciones, puesto que resultará que es el principio general el que se estará aplicando: la sucesión se rige por la ley del domicilio en que se abre. Según este modo de pensar, las excepciones a la regla general acerca de la ley que debe regir a la sucesión no existirían, quedando únicamente en pie las del otro principio general, el relativo a que la sucesión se abre en el último domicilio que tuvo el causante, que sería lo verdaderamente relevante, porque cuando por excepción la sucesión se abre en El Salvador es de lógica-jurídica que se le tiene que aplicar la ley salvadoreña; no se va a abrir aquí y se le va a aplicar una ley extranjera.

21.- VOCACION SUCESORIA. La causa de la relación jurídica sucesoria (supra #11), que vincula a los sujetos de la misma, es la vocación sucesoria, definida por don Enrique Martínez Paz (Ob.cit.pág.123) como "el título sucesorio que coloca al sucesor en la posición del causante".

Tener vocación sucesoria significa estar en posibilidad de suceder a determinada persona, y este virtual derecho de heredar sólo puede provenir de un llamamiento hecho con tal finalidad desde antes de la muerte del causante, llamamiento que inviste a aquel a quien se le hace de la calidad de "sucesible", tradicionalmente llamado "heredero presunto o presuntivo". Tal

llamamiento, la vocación sucesoria, puede en ciertos casos caducar antes de la muerte del *de cuius*, no llegar a hacerse efectivo, desapareciendo entonces la causa de la relación jurídica, o, lo que es lo mismo, la relación jurídica sucesoria se extingue respecto de aquel que perdió su vocación, el vínculo que lo unía con el causante se rompe, como en los casos de divorcio y de la adopción simple tratándose de la sucesión intestada, pues un cónyuge sólo hereda al otro cuando a la muerte de éste subsistía el vínculo matrimonial, y el hijo adoptivo es heredado abintestato de su padre adoptivo mientras subsiste el vínculo que los une. Otras veces, en la misma clase de sucesión, es la misma ley la que retira el llamamiento, como en los casos que ya se vieron como situaciones que se parecen a las indignidades, el del que se casa sin haber hecho antes inventario de los bienes de los hijos que esté administrando, y el del cónyuge que de hecho y sin justa causa abandonare a su marido o mujer; y en la sucesión testamentaria, cuando el causante revoca la institución de heredero o legatario.

La vocación sucesoria puede venirle a una persona de la voluntad expresa del causante, quien puede manifestarla en un testamento válido, y en el derecho comparado también en un contrato sucesorio, casos en los cuales se la califica de voluntaria, siendo la que viene de un testamento una vocación sucesoria voluntaria unilateral, y la que viene de un contrato sucesorio una vocación sucesoria voluntaria bilateral; también puede venirle de la ley, que presume la voluntad del causante cuando éste no la expresa, dando lugar así a la vocación legítima, que es la que tienen los sucesibles que están enumerados, designados por su parentesco con el causante, en los órdenes de la sucesión intestada. Esta última clase de vocación puede ser regular e irregular, según que el parentesco que une al sucesible con el causante sea legítimo o ilegítimo, y de ahí resultan los sucesores legítimos (por ley) regulares e irregulares, como ocurre en Chile. Esta última clasificación es desconocida actualmente por nuestro ordenamiento legal, por haberse cambiado los órdenes de la sucesión intestada en 1902, al igual que lo es la vocación sucesoria voluntaria contractual, por manera que en nuestro derecho sucesorio sólo existen la vocación sucesoria voluntaria testamentaria, y la vocación legítima, sin la diferenciación de regular e irregular.

La vocación también puede provenir en parte de la voluntad del hombre y en parte de la ley, cuando la sucesión es parte testada y parte intestada y los herederos abintestato son los mismos instituidos en el testamento.

22.- DELACION Y DEFERIMIENTO. Después que se verifica la apertura de la sucesión, con la muerte del causante, tiene lugar la segunda

fase o momento del fenómeno jurídico de la transmisión, que recibe el nombre de *delación*, palabra que tiene su acepción especial en el derecho sucesorio, porque según la ley (Art. 957 inc. 1.º) es el actual llamamiento que ella hace a aceptar o repudiar una asignación, sea herencia o legado; aquí no significa, pues, delatar a alguien por algún hecho punible que haya cometido.

La disposición citada nos habla de que la delación es el *actual* llamamiento a aceptar o repudiar la herencia o legado, no dice simplemente que es el llamamiento. Esto se debe a que antes de este llamamiento que se llama delación ya se había hecho otro, que había investido de vocación sucesoria a quienes se les hace la delación, según se vio en el número anterior. De modo que la delación se les hace sólo a quienes al momento de la apertura de la sucesión conservaban su vocación; de otro modo, el actual llamamiento que hace la ley a aceptar o repudiar la herencia o legado está dirigido únicamente a quienes tienen vocación sucesoria, ya sea voluntaria o legítima, a quienes son herederos presuntos testamentarios o abintestato, según que la vocación les venga del testamento o de la ley.

El actual llamamiento, la delación, lo hace la ley, de modo que es virtual, implícito, tácito, es aparente, no real, no es algo material, no se traduce por ejemplo en una actuación judicial. Se tiene por hecho al ocurrir los eventos que indica el inciso segundo del citado artículo 957, el que al referirse a esto comienza diciendo que la herencia o legado se *defiere*, cuando en el inciso primero habla de delación. El cambio de terminología se debe a que, al llamar a una persona para que reciba alguna cosa o la rechace, ésta se le pone a su disposición, es decir, se le ofrece; por manera que el deferimiento va imbricado en la delación, y en consecuencia son inseparables, circunstancia por la que ambos términos suelen confundirse. Esto es lo que la ley quiere significar cuando dice que la herencia o legado se *defiere* al heredero o legatario, o sea que los llama a aceptar o repudiar la asignación que les está ofreciendo, que está poniendo a su disposición, pues debido a su íntima relación, ambos términos los toma como sinónimos, aun cuando realmente no significan lo mismo.

El momento en que el deferimiento se verifica puede coincidir o no con el fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trate, vale decir, con la apertura de la sucesión. Coincide cuando el llamamiento no es condicional, cuando es puro y simple; en este caso la muerte del causante, la apertura de la sucesión y la delación son simultáneas, no media entre ellas ningún lapso. No coincide cuando el llamamiento es hecho bajo condición suspensiva, pues en tal caso se verifica hasta en el momento en que se cumple la condición; por ello, cuando la asignación es hecha con esta modalidad el asignatario debe existir no sólo al tiempo de abrirse la sucesión sino en el

momento de cumplirse la condición. Hay que recordar que si el asignatario ya no existe cuando se cumple la condición, la ley dice que es incapaz, pero lo cierto es que la delación ya no puede producirse porque a quien se le iba a hacer el actual llamamiento ya murió. Esto nos lleva a inquirir cuáles son los casos en que la condición se puede cumplir no obstante que ya murió el asignatario. Estos casos son los de las condiciones casuales, las que dependen o de la voluntad de un tercero o de un acaso. No puede darse el caso de que la condición se cumpla después de la muerte del asignatario cuando esa condición es potestativa o mixta, porque en estas tiene que intervenir la voluntad del asignatario, y como murió sin cumplirla la condición falló.

Volviendo sobre el momento en que se produce la delación, podemos sentar la siguiente regla: cuando la sucesión es intestada la muerte del causante, la apertura de la sucesión y la delación se producen simultáneamente, la delación siempre coincide con los otros dos momentos, y cuando la sucesión es testamentaria la delación puede o no coincidir con aquéllos. Coincide cuando la asignación no fue hecha bajo condición suspensiva, y no coincide si fue hecha con esta modalidad. Este distinguo se debe a que la ley, cuando la sucesión es intestada, no pone condiciones a sus asignaciones.

Pero si la condición, suspensiva por supuesto, es de no hacer algo que dependa de la sola voluntad del asignatario, esto es, cuando se trata de una condición suspensiva potestativa negativa, la asignación también puede deferirse en el momento de la muerte del testador, como si fuera pura y simple, si el asignatario da caución suficiente, según el inciso tercero del artículo a que nos venimos refiriendo, de restituir la cosa asignada con sus accesiones y frutos si contraviene a la condición. Si no se hubiera decidido así, el asignatario nunca recibiría la cosa asignada, porque dependiendo de su sola voluntad el no verificar el hecho que se le ha indicado, como el de que ya no se embriague, que no viaje por avión, sólo hasta que muera existirá la certeza de que no contravendrá a la condición; y tal decisión emanó del jurisconsulto romano Mucio Scevola, por lo que la caución que en este caso se rinde recibe el nombre de "caución muciana".

Como excepción (que viene a ser excepción de la anterior excepción) la ley prescribe que ello, el poderse rendir la caución muciana para que se verifique la delación antes del cumplimiento de la condición suspensiva potestativa negativa, no tiene lugar cuando el testador hubiere dispuesto que mientras penda la condición de no hacer algo, pertenezca a otro asignatario la cosa asignada, o sea, cuando la misma cosa es objeto de dos asignaciones que deberán tener lugar sucesivamente. Al otro asignatario puede habersele dejado el usufructo de la cosa asignada condicionalmente al primero,

mientras o durante el tiempo que estará pendiente la condición de no hacer; también puede haberse constituido con la cosa asignada condicionalmente un fideicomiso por causa de muerte, por el tiempo en que estará pendiente la condición. En estos casos la asignación no se defiere en el momento de la muerte del testador aun cuando el asignatario ofreciera dar la caución, porque la segunda asignación, que paradójicamente es la que primero debe producir efecto, ya no tendría lugar, con el consiguiente perjuicio para el otro asignatario. Pero como al no admitir la caución en este caso se vuelve a caer en la situación cuya solventación es la finalidad de dicha caución, y siendo que ambas asignaciones deben tener efecto, hay que entender que en tal supuesto el hecho en que consiste la condición negativa, ha de ser de tal naturaleza que pueda llegar a ser cierto durante la vida del asignatario condicional, que no ocurrirá, o que sólo se haya impuesto la condición de no hacer algo durante cierto tiempo, expirado el cual sin contravenirla se tiene por cumplida esa condición, como sería el caso en que el testador dijera: "Lego a Pedro la finca X con la condición de que durante diez años no se embriague, y mientras tanto la finca la tendrá Juan en usufructo". Pedro no podría rendir la caución muciana para que se produjera la delación antes de cumplir la condición y se le entregara la finca, porque perjudicaría a Juan. La condición, pues, debe ser determinada, tener plazo.

23.- OPCIONES DEL ASIGNATARIO. Quien está actualmente llamado a suceder, aquel a quien se le ha hecho la delación porque tiene vocación sucesoria, que como ya se dijo puede venirle del testamento o de la ley exclusivamente, y es capaz para suceder al *de cuius*, tiene respecto a la atribución que se le hace, dos caminos a escoger: o puede repudiar la herencia o legado a que es llamado, o puede aceptarlos, adirlos. Cualquiera que sea su decisión al ejercer este derecho de opción tal decisión produce, según la ley (Art. 1161) efectos "ut ex-tunc" (desde antes, retroactivos). Así, si repudia se reputa que nunca ha tenido derecho alguno a la asignación, y si acepta se entiende que sus derechos como heredero o legatario los tiene desde el momento mismo en que la asignación se le defirió, excepto cuando se trata de un legatario de género. Con este acto, la aceptación o adición, se completa la trilogía que realmente constituye la transmisión, que ha tenido lugar a favor del aceptante desde el deferimiento, aun cuando la adición se haya hecho mucho tiempo después; no obstante, en el caso de que sean varios los herederos, el derecho real de herencia subsiste hasta que se procede a la partición. De todo esto se desprende que la calidad de heredero se fija en el sucesible hasta que acepta, antes de ello sólo es un heredero presunto o sucesible como se acaba de decir, no es ni siquiera un heredero provisional.

El asignatario es libre de aceptar o repudiar, tiene, pues, el derecho a

una opción, que puede ejercer cuando quiera, a menos que sea obligado a pronunciarse a solicitud de cualquier persona interesada en ello, pues que en tal caso debe manifestar si acepta o repudia en el plazo que la ley le fija. Ya no existen los herederos forzosos de que nos hablan los textos de Derecho Romano (herederos necesarios) que lo eran aun a pesar suyo.

Sea cual fuere la decisión que el asignatario tome, ya acepte ya repudie, no puede volver sobre ella; en otros términos, ejercida la opción no ha lugar a ejercerla de nuevo en sentido diferente, salvo que haya sido inducido por fuerza o dolo a pronunciarse en determinado sentido, casos en los cuales se deja sin efecto. Respecto de la aceptación de la herencia se dice que quien una vez es heredero siempre es heredero ("Qui semel heres, semper heres").

24.- TRANSMISION DEL DERECHO DE OPCION O DERECHO DE TRANSMISION. Si la asignación ya había sido deferida y el asignatario fallece sin haber expresado que la aceptaba o la repudiaba, esto es, sin haber ejercido su derecho de opción, transmite ese derecho a sus herederos, toda vez que sus derechos a la sucesión a la que fue llamado no hayan prescrito según lo dispuesto en el artículo 2256 C. El derecho de opción es, pues, un elemento transmisible del patrimonio del heredero o legatario que falleció sin haber optado; el sucesor de éste lo recibe como parte del patrimonio de que su causante era titular, como cualquier otro derecho personal transmisible que se encuentre en el caudal relicto. Por esta razón, para poder ejercer la opción que al causante le correspondía y que no ejerció, porque no quiso o porque ignoraba que la asignación se le había deferido, hay que aceptar primero el patrimonio de que tal derecho forma parte, el patrimonio propio que pertenecía a quien no aceptó ni repudió la asignación que a él se le había deferido; en términos más sencillos, hay que aceptar la herencia de quien era titular de un derecho de opción para poder ejercer el mismo, desde luego que estando formando parte de aquélla no podría ejercerse si tal herencia no se aceptara.

La asignación a que pudo estar llamado quien falleció sin aceptarla ni repudiarla, puede haber sido a título universal o a título singular, puede haberse tratado tanto de una herencia como de un legado, no importando la clase de sucesión a la que el asignatario estaba llamado, es decir, que su vocación sucesoria pudo haber sido testamentaria o abintestato, porque la transmisión del derecho de opción o derecho de transmisión, tiene lugar tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada.

Así mismo, es indiferente que aquél a quien se transmite el derecho de opción sea heredero testamentario o abintestato de quien se lo transmite, pero sí es condición indispensable que sea un heredero, un sucesor a título

universal, de cualquier clase que sea, heredero universal, de cuota o de remanente, ya que sólo a éstos se transmiten todos los derechos (y obligaciones) transmisibles del causante, la universalidad jurídica llamada herencia, en la que precisamente se encuentra ese derecho, que tiene que ser compartido por partes iguales cuando son dos o más. Los legatarios no pueden ejercer el derecho de opción que a otro pertenecía, ya que no son sucesores a título universal, y siendo así es imposible que puedan cumplir con el requisito de aceptar la herencia de quien lo transmite. La denominación de *transmisión del derecho de opción* es más propia para esta institución que la de "derecho de transmisión", que es la tradicional, pues ésta resulta un tanto equívoca ya que en toda sucesión por causa de muerte hay transmisión, pero no siempre hay *derecho de transmisión*, mientras que la otra es más connotativa de lo que realmente ocurre, pues mediante esta institución lo que se transmite es la opción que se tenía, la *facultad* de aceptar o repudiar una asignación, no la asignación misma, como acontece cuando el asignatario a quien se le hace el llamamiento acepta la herencia o legado que se le ha deferido y después fallece, ya que en este caso la cosa asignada sí había entrado ya a formar parte del patrimonio que transmite a sus herederos.

Ambas herencias pueden ser de la misma clase o una ser testamentaria y la otra abintestato, y según sea la del que falleció sin aceptar ni repudiar así serán quienes tengan el derecho de ejercer la opción que a aquél pertenecía.

La ley (Art. 958) al instituir este derecho, dice que "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 se le ha deferido" y agrega que "no se puede ejercer este derecho sin aceptar la herencia de la persona que lo transmite".

Se observa de lo transcrito en el párrafo anterior que se trata de dos sucesiones que se han abierto una después de la otra, existiendo entonces un *primer* causante y un *segundo* causante, lo que no constituye una simple manera de designarlos, sino que indica el orden de sus fallecimientos; que el segundo estaba llamado, como heredero o legatario, a suceder al primero -que es como el núcleo o centro de toda esta relación- pero falleció sin haber aceptado o repudiado la herencia o legado que se le había deferido. Si sus derechos a la sucesión del primer causante no han prescrito, transmite a sus herederos el derecho de aceptar o repudiar la asignación a que él había sido llamado. Como se ve, el que no ejerció el derecho de opción está colocado entre el primer causante y sus propios herederos, por lo que en el derecho de transmisión existen por lo menos tres términos: el primer causante, el

una opción, que puede ejercer cuando quiera, a menos que sea obligado a pronunciarse a solicitud de cualquier persona interesada en ello, pues que en tal caso debe manifestar si acepta o repudia en el plazo que la ley le fija. Ya no existen los herederos forzosos de que nos hablan los textos de Derecho Romano (herederos necesarios) que lo eran aun a pesar suyo.

Sea cual fuere la decisión que el asignatario tome, ya acepte ya repudie, no puede volver sobre ella; en otros términos, ejercida la opción no ha lugar a ejercerla de nuevo en sentido diferente, salvo que haya sido inducido por fuerza o dolo a pronunciarse en determinado sentido, casos en los cuales se deja sin efecto. Respecto de la aceptación de la herencia se dice que quien una vez es heredero siempre es heredero ("Qui semel heres, semper heres").

24.- TRANSMISION DEL DERECHO DE OPCION O DERECHO DE TRANSMISION. Si la asignación ya había sido deferida y el asignatario fallece sin haber expresado que la aceptaba o la repudiaba, esto es, sin haber ejercido su derecho de opción, transmite ese derecho a sus herederos, toda vez que sus derechos a la sucesión a la que fue llamado no hayan prescrito según lo dispuesto en el artículo 2256 C. El derecho de opción es, pues, un elemento transmisible del patrimonio del heredero o legatario que falleció sin haber optado; el sucesor de éste lo recibe como parte del patrimonio de que su causante era titular, como cualquier otro derecho personal transmisible que se encuentre en el caudal relicto. Por esta razón, para poder ejercer la opción que al causante le correspondía y que no ejerció, porque no quiso o porque ignoraba que la asignación se le había deferido, hay que aceptar primero el patrimonio de que tal derecho forma parte, el patrimonio propio que pertenecía a quien no aceptó ni repudió la asignación que a él se le había deferido; en términos más sencillos, hay que aceptar la herencia de quien era titular de un derecho de opción para poder ejercer el mismo, desde luego que estando formando parte de aquélla no podría ejercerse si tal herencia no se aceptara.

La asignación a que pudo estar llamado quien falleció sin aceptarla ni repudiarla, puede haber sido a título universal o a título singular, puede haberse tratado tanto de una herencia como de un legado, no importando la clase de sucesión a la que el asignatario estaba llamado, es decir, que su vocación sucesoria pudo haber sido testamentaria o abintestato, porque la transmisión del derecho de opción o derecho de transmisión, tiene lugar tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada.

Así mismo, es indiferente que aquél a quien se transmite el derecho de opción sea heredero testamentario o abintestato de quien se lo transmite, pero sí es condición indispensable que sea un heredero, un sucesor a título

universal, de cualquier clase que sea, heredero universal, de cuota o de remanente, ya que sólo a éstos se transmiten todos los derechos (y obligaciones) transmisibles del causante, la universalidad jurídica llamada herencia, en la que precisamente se encuentra ese derecho, que tiene que ser compartido por partes iguales cuando son dos o más. Los legatarios no pueden ejercer el derecho de opción que a otro pertenecía, ya que no son sucesores a título universal, y siendo así es imposible que puedan cumplir con el requisito de aceptar la herencia de quien lo transmite. La denominación de *transmisión del derecho de opción* es más propia para esta institución que la de "derecho de transmisión", que es la tradicional, pues ésta resulta un tanto equívoca ya que en toda sucesión por causa de muerte hay transmisión, pero no siempre hay *derecho de transmisión*, mientras que la otra es más connotativa de lo que realmente ocurre, pues mediante esta institución lo que se transmite es la opción que se tenía, la *facultad* de aceptar o repudiar una asignación, no la asignación misma, como acontece cuando el asignatario a quien se le hace el llamamiento acepta la herencia o legado que se le ha deferido y después fallece, ya que en este caso la cosa asignada sí había entrado ya a formar parte del patrimonio que transmite a sus herederos.

Ambas herencias pueden ser de la misma clase o una ser testamentaria y la otra abintestato, y según sea la del que falleció sin aceptar ni repudiar así serán quienes tengan el derecho de ejercer la opción que a aquél pertenecía.

La ley (Art. 958) al instituir este derecho, dice que "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 se le ha deferido" y agrega que "no se puede ejercer este derecho sin aceptar la herencia de la persona que lo transmite".

Se observa de lo transcrito en el párrafo anterior que se trata de dos sucesiones que se han abierto una después de la otra, existiendo entonces un *primer* causante y un *segundo* causante, lo que no constituye una simple manera de designarlos, sino que indica el orden de sus fallecimientos; que el segundo estaba llamado, como heredero o legatario, a suceder al primero -que es como el núcleo o centro de toda esta relación- pero falleció sin haber aceptado o repudiado la herencia o legado que se le había deferido. Si sus derechos a la sucesión del primer causante no han prescrito, transmite a sus herederos el derecho de aceptar o repudiar la asignación a que él había sido llamado. Como se ve, el que no ejerció el derecho de opción está colocado entre el primer causante y sus propios herederos, por lo que en el derecho de transmisión existen por lo menos tres términos: el primer causante, el

segundo causante y los herederos de este último. Gráficamente se podría representar esta idea con una escalera de tres peldaños, en la que el peldaño superior sería el primer causante, el de enmedio el segundo causante y el inferior los herederos del segundo causante. (1er. diagrama).

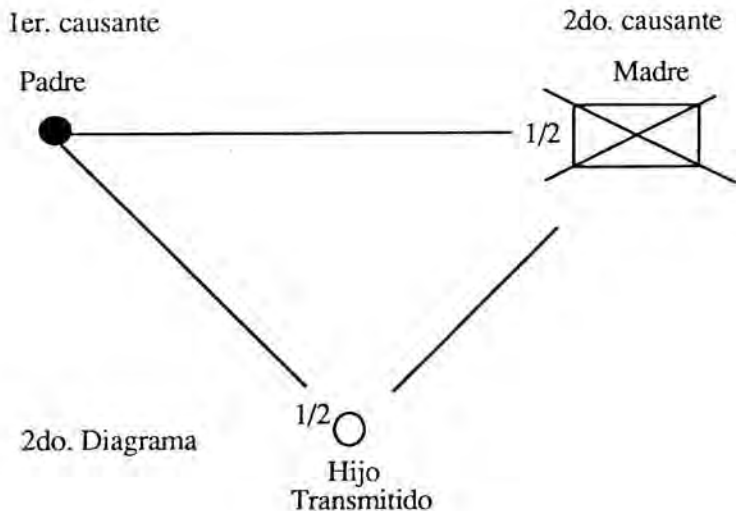
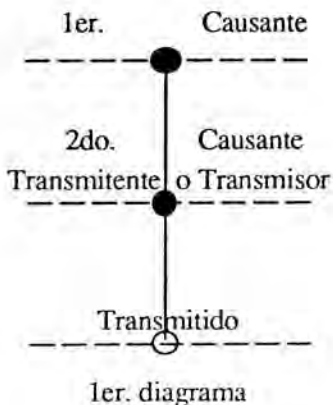
Como el segundo causante es el que transmite el derecho de aceptar o repudiar la asignación que se le había deferido en la sucesión del primero, que puede consistir, como ya se dijo, en una herencia o un legado, se le denomina *transmitente* o *transmisor*; y siendo sus herederos los que adquieren ese derecho, las personas a quienes se les transmite, se les llama *transmitidos*. Así podemos decir: el transmitente o transmisor puede ser heredero o legatario del primer causante, y el transmitido o los transmitidos sólo pueden ser los herederos del transmitente.

El transmitente o transmisor deriva su derecho del primer causante, y el transmitido lo deriva del segundo causante. Ello es la razón de que el transmitente debe reunir los requisitos necesarios para suceder en relación al primer causante, debe ser capaz y digno respecto de él, además de existir al momento en que se le defiere la herencia o legado; y el transmitido debe reunirlos respecto del segundo causante, no importando que no los reúna respecto del primero, puesto que no es de éste que deriva sus derechos.

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, que sólo tiene lugar en la sucesión intestada y de la que después se hablará. Se puede suceder entonces en forma directa o personal, y en forma indirecta. Sucede en forma directa quien está originalmente llamado, por el testamento o por la ley, a hacerlo, y consiguientemente no tiene que prevalerse del derecho que otro tenía como asignatario y que no quiso o no pudo ejercer. Y sucede en forma indirecta quien es llamado a hacerlo en defecto de otro, que era el que estaba originalmente llamado, prevaleándose del derecho que éste tenía, que viene a ser un presupuesto necesario o *conditio iuris* para que el sucesor indirecto sea llamado. Por eso se dice del que sucede en forma directa -recta vía- que tiene vocación sucesoria propia y del que sucede en forma indirecta, que tiene vocación sucesoria subsidiaria.

En esta clase de sucesión indirecta de que se está tratando, se puede dar el caso de que una persona suceda al mismo causante en forma directa y en forma indirecta, porque también puede estar llamada, así como estaba el transmitente, a la sucesión del primer causante, como cuando un hombre fallece dejando como sucesibles a su esposa y a su hijo legítimo, y la cónyuge fallece después sin haber aceptado ni repudiado la herencia de su esposo, caso en el cual se le transmite al hijo ese derecho de opción; luego, éste acepta la herencia de su padre por derecho propio y por transmisión del

derecho que a su madre le correspondía en la misma. En el ejemplo el hijo recibiría un medio de la herencia de su padre en forma directa y el otro medio en forma indirecta, por derecho de transmisión de su madre, siempre que acepte la herencia propia que ésta ha dejado desde luego. (2o. diagrama).



También puede ocurrir que el transmitido fallezca después del deferimiento que se le había hecho respecto de la herencia del transmitente, en donde se encuentra el derecho de transmisión, y por consiguiente sin haber ejercido tal derecho, y en este caso él a su vez, que sería tercer causante, transmitirá el derecho de ejercer las dos opciones que tenía a sus herederos. Si además estaba llamado a suceder en forma directa, por derecho personal, a alguno o a todos los anteriores causantes, daría lugar a otro u otros derechos de transmisión. El siguiente ejemplo ilustrará sobre esto, cuya importancia se manifiesta en la partición.

"Fallece JUAN, dejando como herederos abintestato a su esposa MARIA y a sus hijos legítimos PEDRO, LUIS y DIEGO únicamente. Ninguno de ellos acepta ni repudia la herencia de Juan y en ese estado fallece MARIA. Los hijos tampoco aceptan ni repudian su herencia, y entonces fallece PEDRO. Luis y Diego deciden aceptar esas tres herencias".

Para ello tienen que comenzar aceptando lo que les corresponde por derecho personal en la herencia de JUAN, que es $1/4$ a cada uno, porque Juan dejó cuatro herederos; luego, para seguir aceptando, ahora por derecho de transmisión, la herencia de Juan, tienen que aceptar primero las herencias de los transmitentes (María y Pedro) y por eso aceptan lo que les corresponde por derecho *personal* en la herencia de su madre María, de la que les toca $1/3$ a cada uno (el otro $1/3$ correspondía a Pedro), y como María también tenía derecho personal en la sucesión de JUAN ($1/4$) lo aceptan Luis y Diego por derecho de transmisión, tocándoles $1/12$ a cada uno, porque ese derecho se había dividido en tres partes (sus tres hijos). En seguida aceptan, por derecho *personal*, la herencia dejada por su hermano PEDRO, porque ellos son sus únicos herederos, y de esa herencia les corresponden $1/2$ cada uno; y como Pedro tenía derecho *personal* equivalente a $1/4$ en la sucesión de Juan, porque era hijo de éste, Luis y Diego aceptan por *derecho de transmisión* lo que a Pedro le correspondía en la sucesión de Juan, y de ese derecho les toca $1/8$ cada uno; pero PEDRO también tenía derecho, por *transmisión* de su madre María, a otra parte de la herencia de Juan, que era $1/12$, también lo aceptan ellos a su vez por *derecho de transmisión*, tocándoles de ese doceavo $1/24$ a cada uno. Por último, como PEDRO tenía *derecho personal* en la sucesión de su madre MARIA, que equivale a $1/3$, Luis y Diego también aceptan por *derecho de transmisión* de su mencionado hermano ese derecho en la sucesión de su madre María, tocándoles $1/6$ a cada uno.

Entonces tenemos que tanto a Luis como a Diego les toca en la herencia de su padre Juan: $1/4$ por derecho propio o personal, $1/12$ por derecho de transmisión de María, $1/8$ por derecho de transmisión de Pedro, de lo que a éste le tocaba por *derecho personal* en la sucesión de Juan, y

1/24 también por derecho de transmisión de Pedro, de lo que a éste le tocaba a su vez por transmisión de María siempre en la herencia de Juan, y da:

Luis en la sucesión de JUAN:

$$\begin{aligned} 1/4 + 1/12 + 1/8 + 1/24 &= \frac{6 + 2 + 3 + 1}{24} \\ &= \frac{12}{24} = 1/2 \\ &= 1 \end{aligned}$$

Diego en la sucesión de JUAN:

$$\begin{aligned} 1/4 + 1/12 + 1/8 + 1/24 &= \frac{6 + 2 + 3 + 1}{24} \\ &= \frac{12}{24} = 1/2 \end{aligned}$$

Luis en la sucesión de MARIA:

1/3 por derecho personal y 1/6 por transmisión de PEDRO, y da:

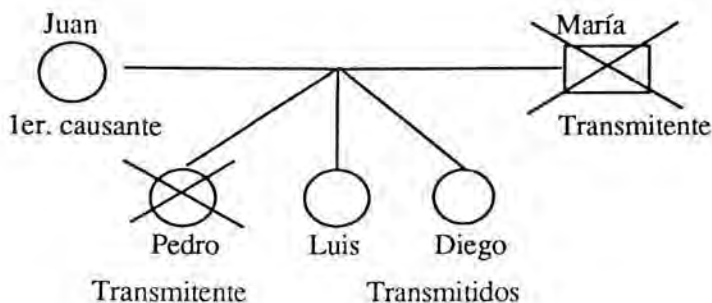
$$1/3 + 1/6 = \frac{2 + 1}{6} = 3/6 = 1/2$$

Diego en la sucesión de MARIA:

$$1/3 + 1/6 = \frac{2 + 1}{6} = 3/6 = 1/2$$

Luis en la sucesión de PEDRO: 1/2
Diego en la sucesión de PEDRO: 1/2 = 1

En esta última sólo por derecho personal.



Se ha supuesto que MARIA no tiene más herederos que sus hijos, y que PEDRO tampoco tiene más herederos que sus hermanos; si no fuera así, la solución sería diferente.

En este otro ejemplo, en el que se combina la sucesión intestada con la sucesión testamentaria, una persona sucede a un causante sólo por derecho de transmisión y a otro sólo por derecho personal:

"JOSE fallece dejando como herederos abintestato a su esposa JULIA y a sus hijos legítimos TICIO y GAYO. Ninguno de ellos acepta ni repudia su herencia, y en ese estado fallece Julia también intestada, dejando como herederos a sus mencionados hijos Ticio y Gayo y a su padre legítimo SIMON. Estos tres tampoco aceptan ni repudian la herencia de JULIA, y entonces fallece TICIO, dejando como heredero TESTAMENTARIO a Gayo. Simón y Gayo optan por aceptar las herencias que les corresponden".

En cuanto a Gayo, éste acepta lo que por derecho *personal* le corresponde en la herencia de su padre JOSE, que es $1/3$ (porque sus herederos son Julia, Ticio y Gayo); pero como también tiene parte de esa misma herencia por derecho de transmisión, para ejercerlo tiene que aceptar primero la del primer transmitente que es Julia, en cuya sucesión le corresponde por derecho *personal* $1/3$ (porque ella deja tres herederos: SIMON, Ticio y Gayo), y como a Julia le correspondía $1/3$ por derecho personal en la sucesión de José, a Gayo le toca $1/9$ de ese $1/3$ por derecho de transmisión, puesto que está dividido entre tres herederos. Enseguida acepta

por derecho *personal* la herencia de su hermano TICIO, la cual le corresponde completa por ser su único heredero testamentoario; y como Ticio tenía derecho personal a 1/3 en la sucesión de su padre JOSE, ese 1/3 lo acepta completo Gayo, por derecho de transmisión de su hermano Ticio, de quien ya se dijo que es único heredero; y como Ticio también tenía una parte en la sucesión de JOSE por derecho de transmisión de su madre Julia, que equivale a 1/9 (recuérdese que se había dividido el 1/3 de Julia entre Simón, Ticio y Gayo) Gayo también acepta, a su vez por derecho de transmisión ese 1/9 que a través de Julia le correspondía a Ticio en la sucesión de José; y finalmente, como Ticio tenía derecho *personal* a 1/3 en la sucesión de su madre Julia, ese derecho también lo acepta Gayo por *derecho de transmisión* de Ticio. Con respecto a SIMON, éste acepta por derecho propio el 1/3 que le corresponde en la sucesión de su hija JULIA, y por derecho de *transmisión* de ésta lo que a él le corresponde en el 1/3 que Julia tenía en la sucesión de su esposo JOSE, que es 1/9.

Conclusión: a Gayo le corresponde en la herencia de JOSE: 1/3 en forma directa o por derecho personal; 1/9 por derecho de transmisión de JULIA; 1/3 por transmisión de su heremano Ticio, que a éste le tocaba por derecho personal; y 1/9 por derecho de transmisión, que era el que le tocaba a su vez por transmisión de Julia al referido Ticio. A SIMON le toca 1/3 en la sucesión de JULIA y 1/9 en la sucesión de JOSE. Y a Gayo le corresponde toda la herencia de TICIO, y 2/3 en la sucesión de su madre JULIA.

Así:

Derechos de Gayo
en la sucesión
de JOSE:

$$1/3 + 1/9 + 1/3 + 1/9 = \frac{3 + 1 + 3 + 1}{9}$$

$$= 8/9$$

$$= 1$$

Derecho de Simón
en la sucesión
de JOSE:

$$= 1/9$$

Derechos de Gayo
en la sucesión
de JULIA:

$$1/3 + 1/3 = 2/3$$

$$= 1$$

Derecho de Simón
en la sucesión
de JULIA:

$$= 1/3$$

La herencia de TICIO le corresponde toda a Gayo.

Si en el caso anterior la herencia de TICIO fuera intestada, le correspondería toda a su abuelo legítimo SIMON (Art. 988 No.2o.) y en consecuencia también le correspondería por derecho de transmisión lo que al mismo Ticio le tocaba en las herencias de José y Julia.

Si la aceptación es judicial debe tomarse en cuenta el lugar donde se ha abierto cada una de las sucesiones, puesto que las herencias propias que dejan los transmitentes deben ser aceptadas ante el Juez del domicilio de la sucesión; si la aceptación se hace ante notario no importa dónde tuvo su último domicilio el causante.

25.- CASO DE LOS COMURIENTES. Por su relación con el derecho de transmisión o transmisión del derecho de opción, merece tratamiento especial el caso conocido como de los "conmorientes" o "comurientes", que se da cuando dos o más personas perecen en un mismo acontecimiento, como naufragio, incendio, accidente de tránsito terrestre o aéreo y otros semejantes, y no puede saberse el orden en que han ocurrido sus fallecimientos, presumiéndose entonces que dichas personas perecieron en un mismo momento y ninguna de ellas sobrevivió a las otras. Con tal solución nuestra ley desecha las llamadas "presunciones legales de supervivencia" de otras legislaciones, como son las de que, si se trata de un hombre y una mujer, se presume que primero falleció la mujer, o la persona de más edad, o el que era infante, siguiéndose el criterio de que quien fallece primero siempre es el de constitución más débil. La importancia que en nuestro derecho sucesorio tiene este caso, consiste en que, si las personas que mueren en tales circunstancias estaban llamadas a sucederse mutuamente por ley, como los cónyuges, un padre y su hijo legítimo, o si cada uno había instituido al otro como su heredero testamentario, la ley prescribe en el artículo 959 C., en perfecta concordancia con lo establecido en el artículo 78 del mismo Código. que es el que se refiere al caso de

comurencia, que ninguna de ellas sucederá en los bienes de las otras. Como la presunción de la comurencia sólo obra a falta de prueba del orden de los fallecimientos, si éste se establece tal presunción no tiene lugar. Importa entonces probar quién falleció primero, porque de ello resultará que los parientes de grado sucesible o los herederos testamentarios del que falleció por último puedan hacer uso del derecho de transmisión para aceptar la herencia, o cuota de ella, que le correspondía a su causante en la sucesión del que falleció primero, pues en este caso aquél habría heredado a éste porque existía a su fallecimiento; si no se logra establecer el orden de los fallecimientos no se relacionan entre sí, ocurre como si los fallecidos no hubieran estado llamados a sucederse el uno al otro, ya por testamento ya por la ley, porque abriéndose ambas en el mismo instante ninguno de los comurientes existía cuando se abrió la sucesión del otro.

CAPITULO

V

Los acervos

26.- ACERVO BRUTO. El conjunto de bienes que una persona deja al morir, es el acervo o masa hereditaria, del que, en principio, se beneficiarán sus causahabientes o sucesores.

Esos bienes que constituyen el acervo hereditario pueden encontrarse confundidos con los de otras personas, por lo que en tal caso es necesario concretar lo que era del causante, no sólo para los efectos relativos al beneficio que de ellos reportarán los sucesores, sino para los atinentes a las obligaciones que tendrán que cumplir como continuadores de la personalidad del difunto.

Cuando la masa de bienes que el difunto deja se encuentra en tal estado, a aquélla se le denomina "acervo común o bruto", que en caso de partición de los bienes del causante es el primero que hay que liquidar, puesto que no se pueden partir aquellos bienes si no se sabe cuáles son.

Por eso el artículo 1221 C., que es el que hace referencia a este acervo, dice que si el patrimonio del difunto estuviere confundido con bienes pertenecientes a otras personas por razón de bienes propios o gananciales del cónyuge, contratos de sociedad, sucesiones anteriores indivisas, u otro motivo cualquiera, se procederá en primer lugar a la separación de patrimonios, dividiendo las especies comunes según las reglas de toda partición. Esto implica practicar varias particiones, nombrando partidor para cada una, que puede ser la misma persona; la última será la de los bienes del causante de que se trate.

Los bienes del causante pueden estar confundidos con bienes propios o gananciales de su cónyuge, en el caso de que haya habido entre ellos sociedad conyugal, la que hay que liquidar por haberse disuelto en virtud de la muerte de uno de los cónyuges; los contratos de sociedad, como razón de confusión del patrimonio del causante, son los relativos a las sociedades que se denominan de personas, ya que no puede haber confusión cuando los intereses del causante en una sociedad están representados por títulos valores. Las sucesiones anteriores indivisas resultan cuando tratándose de varios herederos fallece alguno o algunos antes de la partición, caso en el cual los herederos del fallecido entran en la indivisión de que su causante formaba parte, por lo que cuando quieren partir los bienes de éste tienen que liquidar primero lo que le correspondía en aquella indivisión. En la frase "otro motivo cualquiera" entra el caso de la copropiedad singular, como cuando el causante era propietario proindiviso de uno o más bienes.

27.- ACERVO ILIQUIDO.- Salida la masa hereditaria del estado de acervo bruto, caso de haberlo presentado, porque no siempre los bienes del causante están confundidos con bienes pertenecientes a otras personas pues esto es algo contingencial, o no habiéndose dado esta situación, dicha masa recibe el nombre de acervo ilíquido. Este el estado en que se encuentra toda herencia al morir la persona que era propietaria del caudal relicto, porque hasta que se le hayan hecho las deducciones que enumera el artículo 960 C. se sabrá si los herederos y los legatarios obtendrán algún beneficio económico, pues lo que reste, si algo resta, constituirá la parte de que el testador o la ley podían disponer, llamada acervo líquido, que es la que para algunos constituye realmente herencia.

Decimos que toda herencia surge, nace, ilíquida, porque hay una de las deducciones que las afecta a todas, y mientras no se lleve a efecto, aunque no haya lugar a las otras tres, la herencia siempre estará en estado de iliquidez.

Esa deducción a que nos referimos está constituida por los impuestos sucesorales. De esta, y de las demás, se tratará en el número siguiente, en el que se hablará del acervo líquido, para llegar al cual hay que estudiar precisamente los cuatro numerales del citado artículo 960, de cuyo inciso primero se deduce lo que hemos dicho: que antes de hacer esas deducciones la herencia se encuentra en estado ilíquido.

28.- ACERVO LIQUIDO. Antes de proceder a lo anunciado en la última parte del apartado anterior, haremos algunas consideraciones de carácter general sobre lo dispuesto por el artículo 960 C. El inciso primero

de esta disposición legal establece que en toda sucesión por causa de muerte, es decir, ya testamentaria ya abintestato, o parte testada y parte intestada, para llevar a efecto las disposiciones del difunto o de la ley, según la clase de sucesión de que se trata, se deducirán del acervo o masa de bienes que el difunto ha dejado, incluso los créditos hereditarios, las cuatro bajas generales que menciona, agregando al final de la enumeración que el resto es el acervo líquido de que dispone el testador o la ley.

La mención de los créditos hereditarios, que son los créditos que el causante tenía contra terceros, se dice que es innecesaria, puesto que es indudable que forman parte del caudal relicto, de la masa de bienes que el *de cuius* ha dejado, pero como en el momento en que muere los bienes que representan no están materialmente en su poder, para evitar dudas se ha creído conveniente expresar que al computar la masa ilíquida debe incluirse el valor de los créditos como si ya se hubieran cobrado.

Al decir la ley que "para llevar a efecto" las disposiciones del difunto o de la ley se deducirán..., nos da la idea de que las disposiciones ya están hechas, pero para llevarlas a efecto, para cumplirlas, hay que hacer previamente las deducciones, o sea que esas deducciones se hacen después de la muerte del causante. En verdad, esto es lo que en la práctica ocurre. Tomemos, a vía de ejemplo, una de las deducciones: las deudas hereditarias. Estas las pagan los herederos después de la muerte del causante: no puede ser de otro modo, porque si las pagó el causante ya no existirían. Lo mismo ocurre con los impuestos fiscales y con las costas de la publicación del testamento y demás anexas a la apertura de la sucesión.

Pero después de la enumeración de las deducciones hay un inciso que dice: "El resto es el acervo líquido *de que dispone* el testador o la ley", lo que sugiere algo diferente a lo que insinúa el inciso primero sobre el momento de hacer las tales deducciones, porque según este otro es el testador el que debe hacer la liquidación y del "resto" hacer sus asignaciones; respecto de la ley no se puede más que suponer, que cuando hace sus asignaciones de lo que está disponiendo es de ese resto, que a lo que está llamando a los herederos abintestato es a ese resto. Pero aquí no hay modo de que la ley haga previamente la liquidación, tienen que hacerla los herederos, y tanto en uno como en el otro caso, son los sucesores quienes *disponen* del resto. Ante esta discrepancia parece que lo más aconsejable es inclinarse por lo que se deduce del inciso primero, que para *llevar* a efecto, o sea, para cumplir, las disposiciones del difunto o de la ley, hay que hacer previamente las deducciones, y las harán los herederos, porque es muy difícil que el difunto o la ley dispongan de un "resto" que sólo se va a concretar después de la muerte del causante.

La primera de las deducciones está constituida por las costas de la publicación del testamento, si lo hubiere, y las demás anexas a la apertura de la sucesión. Se refiere a las costas de la apertura y publicación del testamento cerrado, que es el que, antes de recibir su ejecución debe presentarse al Juez del último domicilio del testador o ante un notario para aquellos efectos, procediéndose de conformidad a los artículos 867 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles. Las demás costas anexas a la apertura de la sucesión son las de la guarda y oposición de sellos y de los inventarios, conforme lo dispone el artículo 1148 C., al decir que ese costo gravará los bienes todos de la sucesión, a menos que el testador disponga expresamente otra cosa, en cuyo caso será una carga impuesta exclusivamente a alguno o algunos de los signatarios

Las deudas hereditarias constituyen la segunda baja general de la masa de bienes que el difunto deja. Son las deudas que el causante tenía, que pesan sobre la herencia después de su muerte, de ahí su nombre, y que deben ser pagadas por los herederos, como representantes que son de la persona de aquél para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, Art. 1078.

Tales deudas se pagan de conformidad a lo prescrito en el Título X del Libro Tercero del Código Civil, cuando existe más de un heredero, en donde se establece la regla general de que se dividen, para los efectos del pago, entre los herederos a prorrata de sus cuotas, Art. 1235.

Existen otras disposiciones legales que se refieren, en otros aspectos, a las deudas hereditarias, entre ellas una que reviste especial importancia por cuanto su incumplimiento acarrea responsabilidad a los herederos y al partidor. Es el artículo 1216, según el cual del efectivo de la masa hereditaria, o de las especies más saneadas y de más cómoda realización, debe señalarse un lote o hijuela suficiente para cubrir las deudas conocidas.

Hay un caso en que los legatarios también deben contribuir de un modo general, porque bien puede el testador gravarlos expresamente con el pago de alguna deuda específica, al pago de las deudas hereditarias. A ese caso se refiere el artículo 1083, que después de prescribir que aquéllos no tienen más cargas que las que expresamente se les impongan, agrega que ello se entenderá sin perjuicio de su responsabilidad en subsidio de los herederos; y esta responsabilidad subsidiaria la establece el artículo 1243, que en lo referente a este punto (también se refiere a los alimentos) dice que los legatarios no son obligados a contribuir al pago de las deudas hereditarias, sino "cuando al tiempo de abrirse la sucesión no haya habido en ella lo bastante para pagar las deudas hereditarias".

Los herederos, por tener la obligación de pagar las deudas que el causante tenía, aunque éste no haya dicho nada al respecto, vienen a ser deudores de los acreedores de aquél, excepto cuando el beneficio de separación de bienes está produciendo su efecto. Los acreedores del causante pasan a ser acreedores hereditarios, con lo que se quiere significar que son acreedores de la herencia, pero tomada esta palabra en sentido subjetivo, o sea, que se quiere decir que son acreedores de los herederos. Pero cuando esos acreedores han invocado el beneficio de separación de bienes, parece que, con propiedad, los herederos no son sus deudores personales, porque en este caso los bienes comprendidos en la herencia son los únicos que quedan afectos a pagarles sus créditos; pero eso sí, con preferencia a las deudas propias del heredero.

La tercera deducción es la de los impuestos fiscales que gravaren toda la masa hereditaria, que está en relación con el artículo 961, según el cual esos impuestos se extienden a las donaciones revocables que se confirman por la muerte, y agrega que los impuestos fiscales sobre ciertas cuotas o legados se cargarán a los respectivos asignatarios.

Según el artículo 6 de la "Ley de Gravamen de las Sucesiones", el impuesto que grava la transmisión de bienes por causa de herencia, legado, donación por causa de muerte, o en virtud de fideicomiso por causa de muerte, recaerá sobre la masa total líquida de las asignaciones a favor de herederos y legatarios comprendidos en un mismo número de los que señala el artículo 10, y lo pagará cada uno de ellos en proporción a su cuota o legado. Como se ve, el impuesto se calcula sobre la masa total líquida que corresponde a todos los asignatarios, y ese impuesto así calculado lo pagan entre todos los herederos y legatarios, pero en proporción a la cuota hereditaria o legado que a cada uno corresponde, según el caso, de modo que la suma de estos impuestos parciales da el impuesto que se calculó sobre la masa total líquida. En este sentido hay que entender esa deducción, porque según el Código, existe un impuesto fiscal que grava toda la masa hereditaria, que habría que deducir de ésta, y luego los asignatarios tienen que pagar otro impuesto sobre las cuotas o legados que les corresponden, según el inciso segundo del artículo 961, cuando según la mencionada ley el impuesto calculado sobre la masa total líquida es el único que pagan los asignatarios, proporcionalmente a su cuota o legado.

Para determinar la masa total líquida sobre la que recaerá el impuesto total, el pasivo de la sucesión, según el artículo 8 de la citada Ley de Gravamen de las Sucesiones, comprenderá: a) Las deudas a cargo del causante que al momento de abrirse la sucesión estén comprobadas de conformidad con los artículos 588, 589, 590 y 591 Pr. y aquellas cuya existencia, en aquel momento, se establecieren mediante estados contables

comprobados por un auditor debidamente autorizado. La Dirección General de Contribuciones Directas tendrá el derecho de practicar inspección en la contabilidad correspondiente. Para este efecto los comerciantes acreedores están obligados a mostrar sus registros contables en su propia oficina. Las deudas hipotecarias podrán comprobarse con la certificación de las inscripciones en el respectivo Registro; b) Los impuestos y contribuciones fiscales y municipales cuyo pago haya dejado pendiente el causante; c) Los gastos de la última enfermedad del causante y los de sus funerales, no excediendo los primeros de seis mil colones y los segundos de cuatro mil colones, con tal que se comprueben legalmente; d) Las costas de publicación del testamento, si lo hubiere, las demás anexas a la apertura de la sucesión, previa comprobación. En estos casos, los honorarios del abogado, peritos, etc., no podrán exceder del uno por ciento del activo suceral. (Ref.D.O.22 diciembre 1986).

De las deudas comprendidas en la letra a) se exceptúan: 1o. Las constituidas por el causante a favor de alguna de las personas señaladas en los números del I al IV del artículo 10 de la Ley, o de sus herederos testamentarios o legatarios; 2o. Las deudas prescritas en el momento del fallecimiento del causante, aunque tal prescripción no haya sido declarada judicialmente; 3o. Las deudas cuya exigibilidad depende de la muerte del causante; 4o. Las deudas reconocidas únicamente por testamento del causante.

La última de las deducciones consiste en las asignaciones alimenticias forzosas, a las cuales nos referiremos con alguna amplitud al tratar "de las asignaciones alimenticias" reguladas en el artículo 1141.

29.- OTROS ACERVOS.- En las legislaciones que tienen establecida la sucesión testamentaria restringida, que se llama sucesión legitimaria, que es el sistema contrario al de la libre testamentifacción, porque el testador es obligado a hacer asignaciones forzosas, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas, asignaciones que por lo general son: los alimentos que se deben por ley a ciertas personas, la porción conyugal, las legítimas y la cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes legítimos, en esas legislaciones decíamos, existen otros dos acervos, llamados *imaginarios*, el primer acervo imaginario, denominado específicamente "colación", y el segundo acervo imaginario.

Estos acervos tienen por objeto evitar que el testador se burle de los asignatarios forzosos, haciendo donaciones entre vivos, medio por el cual puede disminuir lo que por ley les corresponde a aquéllos. Con el primero se

ampara a los legitimarios, que son los parientes más cercanos del causante, hijos y padres, que son los que tienen derecho a la porción llamada "legítima", frente a donaciones hechas a otros legitimarios, y el segundo defenderlos de donaciones hechas a terceros (M. Somarriva Undurraga: "Derecho Sucesorio", Ed. NASCIMENTO S.A., Santiago, Chile 1961, pág.85).

Como en nuestro derecho positivo rige la libre testamentifacción, los acervos imaginarios no tienen aplicación.

CAPITULO VI Clases de sucesión

30.- SUCESION ABINTESTATO, INTESTADA O LEGITIMA.

Cuando el causante no dispuso de sus bienes para después de su muerte, o cuando habiendo dispuesto no lo hizo conforme a derecho o no han tenido efecto sus disposiciones, es la ley la que hace las asignaciones por causa de muerte, y la que concede la vocación sucesoria, a la que por tal motivo se la califica de legítima, y las personas a quienes concede esta vocación son las que llama a recibir tales asignaciones a la muerte del causante.

Enconces, cuando la vocación sucesoria viene de la ley, la sucesión que con fundamento en ella tiene lugar se llama legítima, intestada o abintestato, que es la primera, cronológicamente hablando, en relación con las otras clases de sucesión que existen, la testamentaria y la contractual; estas aparecieron mucho tiempo después que aquella, debido a que, por su complejidad, no era posible que los pueblos primitivos las conocieran, dada su escasa cultura jurídica (Manuel Somarriva U.: ob.cit. págs. 13-14).

Como se dijo más arriba, una sucesión es intestada cuando es la ley y no el causante, la que hace las asignaciones y determina quiénes han de recibirlas. Ello puede acontecer no sólo cuando el causante no dispuso de sus bienes, en la forma establecida para ello, sino aun cuando lo haya hecho, concurriendo determinadas circunstancias por supuesto, según se detallará más adelante.

Esta especie de sucesión se clasifica en ordinaria y anómala.

31.- SUCESION ORDINARIA.- Cuando todos los bienes que el

causante tenía, sin excepción alguna, se transmiten a aquellos que están llamados por la ley a suceder, a quienes tienen vocación sucesoria legítima, la sucesión se llama ordinaria, porque no se aparta de las reglas generales, no presenta ninguna particularidad, no la afectan situaciones especiales. Todos los bienes del difunto en esta clase de sucesión intestada están sometidos, en cuanto a su transmisión, al mismo régimen, y quienes los reciben se llaman herederos ordinarios.

Entre los herederos ordinarios algunas legislaciones, entre las que ya no se encuentra la nuestra, hacen distingos, dividiéndolos en sucesores regulares y sucesores irregulares. Por manera que tienen establecidas dos clases de órdenes de la sucesión intestada: órdenes de sucesión regular y órdenes de sucesión irregular. Los primeros tienen lugar cuando el causante era hijo legítimo, y los segundos cuando el causante era hijo natural o ilegítimo. Tal distinción da lugar a la existencia de dos grupos de órdenes de la sucesión intestada (infra #39): el de los herederos regulares y el de los herederos irregulares. Estos últimos sólo suceden a falta de todos los sucesores regulares.

El hecho, pues, de que el causante fuera hijo legítimo, natural o simplemente ilegítimo, origina la clasificación de sucesores regulares e irregulares, en razón de que, en términos generales, los parientes que tiene un hijo legítimo no son los mismos parientes que tiene un hijo natural o ilegítimo. Quienes suceden a un causante que era hijo legítimo son sucesores regulares, que forman los órdenes de sucesión regular; y quienes suceden a un causante que era hijo natural o ilegítimo son sucesores irregulares, que integran los órdenes de sucesión irregular. Tal ocurre en el derecho positivo chileno y ocurría en el nuestro antes de las reformas de 1902, pues se establecían órdenes especiales de sucesores para el caso en que el causante fuera un hijo natural que no dejaba descendientes legítimos; para el caso en que muriera una hija natural sin descendencia legítima ni hijos ilegítimos; y para el caso en que el causante fuera hijo espúreo, antigua denominación del ilegítimo.

Nuestra legislación ya no hace ese distingio.

Caracteriza también a los sucesores regulares el hecho de que la posesión de la herencia la adquieren ipso jure, de pleno derecho o por el derecho mismo, no necesitan obtener una declaratoria judicial de herederos para entrar en posesión de la herencia, sino que tal posesión la adquieren por el solo hecho de la muerte del causante, aun cuando ignoren que la asignación se les ha deferido ("saisine" francesa); en cambio, los sucesores irregulares tienen que pedir al Juez que los declare herederos, y esta declaratoria es la que les da la posesión de la herencia. Este sistema, el de

que la declaratoria de heredero es la que da la posesión de la herencia, se adoptó aquí en nuestro país por la multicitada ley de 4 de agosto de 1902 para todos los herederos, al mismo tiempo que se formaban los actuales órdenes de la sucesión intestada.

32. SUCESION ANOMALA. Cuando la ley no atiende al origen de los bienes que el causante tenía para establecer las reglas a que estará sujeta la transmisión intestada del patrimonio, ni para gravarla con restituciones o reservas, todos esos bienes son asignados a los parientes que están comprendidos en el orden preferente, a los que están llamados a suceder en primer lugar, sin excepción alguna; cuando así acontece, como ya se dijo, la sucesión es ordinaria. A esta situación, que puede calificarse de normal, se le suele introducir alguna anomalía, como que algunos de los bienes que forman el caudal relicto queden reservados para determinados parientes, excluyéndose de ellos a los demás, o deben regresar a aquel de quien el causante los había recibido por algún título gratuito. Y esta anomalía se produce precisamente porque para reglar la sucesión intestada se ha tomado en cuenta el origen de los bienes. A la sucesión que afecta esta característica se le conoce con el nombre de sucesión anómala, y aquellos a cuyo favor está hecha la reserva, o a cuyo dominio regresan ciertos bienes, son sucesores anómalos.

33.- SUCESION TESTAMENTARIA.- Si el causante ha dispuesto de sus bienes para después de su muerte conforme a la ley, y sus disposiciones tienen efecto, la sucesión se llama testamentaria o *ex-testamento*, locución latina que significa "por testamento" o "desde o mediante testamento", porque la última voluntad del causante en lo tocante a la transmisión de sus bienes está expresada en un instrumento llamado *testamento*. En esta clase de sucesión de ahí emana el derecho de una persona a ser llamada por la ley a aceptar o repudiar una asignación cuando el causante fallezca (delación); de ahí viene la vocación sucesoria, y por ello a esta se la califica de voluntaria.

La voluntad que el causante expresa en un testamento es unilateral, en el sentido de que por sí sola genera un acto jurídico, no está destinada a que la reciba otra persona para que el acto jurídico se perfeccione; el testamento no contiene una declaración de voluntad receptiva. Por consiguiente, no necesita la concurrencia de la voluntad del sucesible o presunto heredero para su perfección, ni para investir a aquél de vocación sucesoria. Otra cosa es que la asignación sí tenga que ser aceptada para que tenga efecto, porque nadie puede ser heredero o legatario contra su voluntad; y la declaración de voluntad que hace el asignatario al aceptar también constituye un acto jurídico unilateral, la suya es una declaración de voluntad que no es ni

receptiva ni recepticia, no está destinada a que la reciba otro ni significa que ha aceptado contribuir a la perfección de un acto jurídico.

En términos jurídicos esta clase de sucesión es la primera, la que tiene mayor importancia, por cuanto en el derecho hereditario, la voluntad del causante claramente manifestada es la suprema ley, y prevalece sobre las reglas que el legislador da acerca de la inteligencia y efecto de las disposiciones testamentarias, con tal que no se opongan a los requisitos o prohibiciones legales ni pase sobre el orden público en general, como está previsto por el artículo 1051.

La ley puede conceder la facultad de testar, de disponer de los bienes por testamento, que es lo que se denomina *testamentifacción activa*, en forma plena o sólo hasta cierta medida, originándose así dos sistemas de testamentifacción: el de la libre testamentifacción y el de la testamentifacción restringida. Según el primero, el testador puede dejar sus bienes a las personas que libremente elija, parientes suyos o extraños, que tengan la capacidad legal para heredar, denominada *testamentifacción pasiva*, con la única obligación, según nuestra ley, de designar en su testamento la cuantía de los alimentos que por ley está en el deber de suministrar a ciertas personas, cuya enumeración la hace el artículo 338 del propio Código, que tengan derecho a esos alimentos según las reglas generales, pues esta libertad de testar acogida por nuestro derecho positivo es "sin perjuicio de las reducciones a que se halla sujeto su patrimonio con arreglo a la ley", llamadas doctrinariamente bajas o deducciones generales de la herencia, que están indicadas en el artículo 960 del mismo cuerpo de leyes, entre las que se encuentra "Las asignaciones alimenticias forzosas", ya que esta disposición prescribe que en toda sucesión por causa de muerte, el testador o la ley, según se trate de sucesión testamentaria o abintestato, sólo pueden disponer del acervo líquido de la herencia para hacer asignaciones.

Este sistema de la libre testamentifacción fue acogido por nuestro legislador secundario en 1902, mediante las reformas que en ese año se introdujeron al Código Civil de 1860, pero que no fue elevado a la categoría de principio constitucional sino hasta en 1950, al establecerse en el artículo 173 de la Constitución de ese año, que "Habrá libre testamentifacción". Según el sistema de la testamentifacción restringida, la facultad que el testador tiene de disponer de sus bienes para después de su muerte, está limitada a una mínima parte de su patrimonio, en el sentido de que sólo puede disponer *libremente* de esa parte que la ley le señala, llamada por esta razón, dentro de las particularidades del sistema, "porción de libre disposición", cuya cuantía varía según las legislaciones que lo han adoptado; la mayor parte está obligado a dejarla a sus parientes más cercanos, hijos y padres, que por tener derecho a lo que se llama "porción legítima" reciben el nombre de *legitimarios*, lo que también origina que a esta

clase de sucesión testamentaria se le denomine específicamente "sucesión legitimaria", que no debe confundirse con la sucesión *legítima*, que es la intestada o abintestato. Entonces, decir sucesión legitimaria es lo mismo que decir sucesión testamentaria restringida. Era la que regía entre nosotros antes de las reformas de 1902, época en la que existían en nuestro ordenamiento jurídico, consecuentemente, las "asignaciones forzosas", que el testador estaba obligado a hacer y se suplían cuando las omitía. Tales eran: 1o) Los alimentos que se debían por ley a ciertas personas; 2o) La porción conyugal; 3o. Las Legítimas; y 4o) La cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes legítimos.

Su razón de ser, en las legislaciones que aún conservan este tipo de sucesión testamentaria, estriba en que el patrimonio debe estar afecto exclusivamente al sostenimiento y supervivencia de la familia (por eso le llaman "patrimonio familiar"). De ahí las restricciones al derecho de disponer de los bienes a título gratuito, como las asignaciones forzosas mencionadas, el primer acervo imaginario y el segundo acervo imaginario, que, como ya lo dijimos lo repetimos ahora, tienen por objeto proteger la porción legítima de las donaciones hechas por el testador a los mismos legitimarios y a extraños, respectivamente, y que consisten, sustancialmente, en sumar imaginariamente el valor de esas donaciones al acervo realmente dejado y sacar de ese total imaginario las asignaciones forzosas, imputándose, en el primer acervo imaginario, lo donado a la porción legítima del donatario (colación); el segundo acervo imaginario podía dar lugar a la revocación parcial de las donaciones hechas por el causante a terceros extraños. Estos medios de protección a los legitimarios se complementaban con las acciones llamadas "de inoficiosa donación", que precisamente era la vía para lograr la revocación de las donaciones que perjudicaban a aquéllos en su porción legítima, cuando esto era demostrado por el segundo acervo imaginario, que implica operaciones bastante complicadas, y la de "reforma del testamento", que se daba cuando el testador no había asignado su porción a algún legitimario, o lo había hecho en una cuantía inferior a la legal.

34.- SUCESION PARTE TESTADA Y PARTE INTESTADA. En el derecho civil romano, debido a la organización social, política, religiosa y económica de aquel pueblo, no se concebía que una persona pudiera morir en parte testada y en parte intestada ("Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest"). Esto se debía a que para la validez del testamento se exigía que contuviera institución de heredero, ya fuera universal o de cuota, pues éste tenía derecho a la totalidad de la herencia aun cuando sólo se le había asignado una cuota parte de ella; cuando no contenía institución de heredero sino solamente de legatarios, el testamento debía ser nulo ("írrito") según las reglas generales, pero se le aplicaba el principio

el principio y para no tener que recurrir a la historia del establecimiento de la ley para entender el multicitado artículo 993 actual. Este, como consecuencia de la, a nuestro juicio, indebida supresión, quedó con otro defecto, porque así como está no se ve claro a qué se refiere el inciso 2o., ya que lo que el primero establece es un mandato de la ley, una disposición imperativa, que nada tiene que ver con la voluntad presunta del causante (no es supletorio de su voluntad), que tenga que ceder ante su voluntad claramente manifestada; todo, porque la relación de este inciso era con el suprimido, no con el primero, y por eso ahora no se comprende cómo la voluntad del testador puede prevalecer sobre lo dicho en el antecedente inciso. Puede prevalecer pero sobre algo que no se dijo, que debería estar dispuesto en medio de los dos incisos; sobre la regla de que "los que suceden a la vez por testamento y abintestato recogerán las dos porciones". Entonces sí volvería a tener sentido la disposición.

35.- SUCESION CONTRACTUAL. Las convenciones que se celebran sobre una herencia futura se llaman, en general, pactos sucesorios, que pueden ser: a) institutivos; b) renunciativos; y c) dispositivos. El primero constituye un contrato denominado "contrato de herencia futura" o "contrato sucesorio" o "pacto institutivo", que "es aquel por el cual una persona cuya futura sucesión se trata (el futuro causante) conviene con otra (el instituido) en designarla heredera o legataria, y ésta acepta tal institución hereditaria o legado" (Alberto G. Spota: "Instituciones de Derecho Civil" CONTRATOS, vol. I, Tercera reimpresión. Ed. DEPALMA, Bs.As.1981, pág. 70).

Lo anterior da origen a la sucesión contractual, porque se basa en un contrato mediante el cual el instituido adquiere, desde el momento de la celebración del contrato, la *seguridad* de que va a recibir la herencia o el legado a la muerte del instituyente, no una mera expectativa o esperanza de llegar a ser heredero o legatario, como sí ocurre en la institución testamentaria.

Sobre los pactos sucesorios, don Elías P. Guastavino ("Pactos sobre herencias futuras", EDIAR, Bs.As.1968, pág. 30) dice: "Se sostiene que es más amplio el concepto de pacto sucesorio que el de *sucesión contractual*; el primero concierne a todo contrato referido a la transmisión *mortis causa* y a la organización o división de la sucesión, mientras que *la sucesión contractual* concierne exclusivamente a una sola especie de contratación sucesoria: la institución contractual de herederos o la atribución contractual de legados. Mediante esta distinción habría contrataciones que correspondiendo a la categoría de pactos sucesorios no darían lugar a *sucesión contractual*, como los casos de pactos de renuncia a herencia

futura, de disposición de derecho a la sucesión futura de un tercero, de otorgamiento de mandatos referidos a herencias no deferidas, de distribución de herencia entre los herederos designados por la ley o por testamento, etc.". Siguiendo a este mismo autor (Guastavino: ob.cit.pág.106-107) la institución contractual de heredero o legatario tiene, entre otras, las siguientes características: 1) celebrado el contrato, el instituido adquiere calidad de heredero o legatario; 2) esa institución es irrevocable, sólo podría dejarse sin efecto unilateralmente si así se ha estipulado, o por una causa legal de resolución o por mutuo disenso; 3) no puede el instituyente designar nuevo heredero por contrato o testamento, ni asignar lo legado al otro contratante a otro legatario; 4) el anterior testamento del instituyente, si lo hay, queda revocado sin necesidad de revocación expresa, en lo que sea incompatible o contradictorio con el contrato; 6) la institución contractual no priva al instituyente del derecho de disponer de los bienes por actos entre vivos, siempre que sea sin fraude de la institución pactada.

La vocación que se basa en un contrato sucesorio o pacto institutivo es una vocación sucesoria contractual, y al igual que la que se basa en un testamento, es una vocación sucesoria voluntaria, pero se diferencia de ésta en que aquélla es bilateral, ya que la sola voluntad del causante no es eficaz para producirla, sino que para ello se necesita un acuerdo de voluntades, desde luego que se trata de un contrato; tampoco puede el futuro causante despojar de ella al instituido, sino en los casos aludidos en el párrafo anterior.

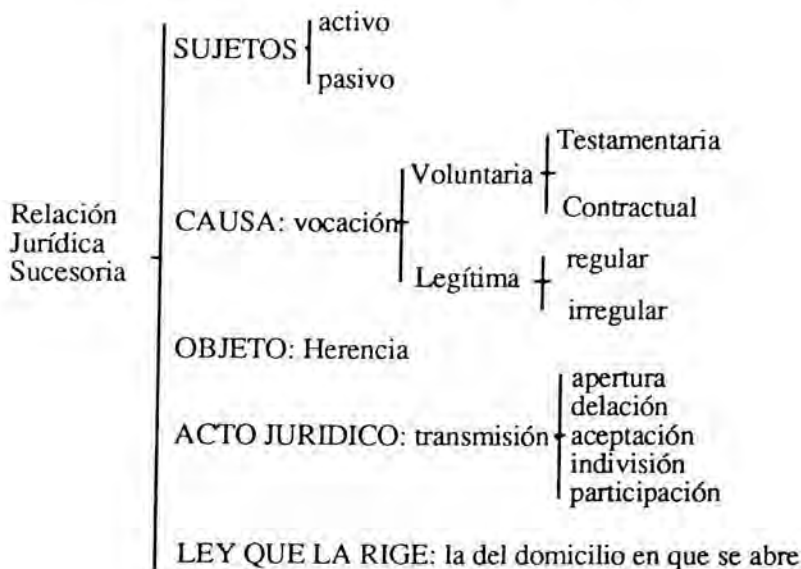
El pacto sucesorio renunciativo es aquel por el cual se renuncia a la expectativa, a la esperanza, de heredar; por este pacto se renuncia anticipadamente, antes de que se abra la sucesión, a los derechos que como heredero o legatario podrían corresponder al renunciante, con lo que resultarán beneficiadas otras personas. Como requiere aceptación del futuro causante para su perfección, este pacto constituye un acto jurídico bilateral. Y el pacto sucesorio dispositivo es aquel por el cual se cede, siempre antes de abrirse la sucesión, el derecho que como heredero o legatario podría corresponderle al presunto heredero: es una cesión de derechos hereditarios anticipada, se hace antes de la muerte del causante, antes del deferimiento de la asignación, por lo que, lo cedido realmente es la expectativa de llegar a ser heredero (Spota: ob.cit.pág.72 y 73).

Aquí, en nuestro país, esta clase de sucesión por causa de muerte, que se basa en una vocación contractual, está expresamente prohibida, por contener un objeto ilícito, y sancionada consiguientemente con nulidad absoluta. Tal prohibición se justifica, ya que existen suficientes razones jurídicas y de otra índole para establecerla: constituye una enajenación de la libertad de testar, es inmoral y peligrosa. En el pacto institutivo el causante

no puede, por sí solo, privar de sus efectos a la institución contractual, ya no puede disponer de sus bienes por testamento; y en cuanto a los otros pactos sucesorios, no es correcto celebrar convenciones que tengan por finalidad lucrar con la muerte de una persona, con las excepciones ya admitidas, como el seguro de vida; y finalmente, los pactos sobre herencias futuras son peligrosos, porque involucran lo que los autores llaman un "votum mortis", el deseo de que el causante muera, y naturalmente puede conducir a privarle de la vida, desde luego que el instituido contractualmente o el cesionario de derechos hereditarios, lo que tiene no es una mera expectativa a suceder sino un verdadero derecho adquirido.

Esa prohibición, que comprende todos los pactos sucesorios que se han mencionado, está establecida en el artículo 1334 del Código Civil, según el cual el derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva no puede ser objeto de una donación o contrato, aun cuando intervenga el consentimiento de la misma persona, siendo en consecuencia nula cualquier estipulación que se celebre sobre el particular.

Lo dicho sobre las clases de vocación sucesoria completa el estudio de la relación jurídica sucesoria, por lo que, siguiendo al doctor Enrique Martínez Paz (ob.cit.pág.73) aquella puede expresarse gráficamente así:



CAPITULO VII Sucesión intestada, abintestato o legítima

36.- CAUSAS QUE DAN ORIGEN A LA SUCESION INTESTADA

El artículo 981 establece tres causas de la sucesión intestada, que podríamos considerar como causas genéricas, porque en cada una caben varias situaciones en las que las leyes reglan la sucesión, aún cuando el difunto haya hecho testamento; pero esto último en el entendido de que es el mismo testamento el que hace lugar a la aplicación de las reglas de la intestada, ya que la ley no puede desconocer la voluntad del testador cuando esta ha sido claramente manifestada en testamento válido cuyas disposiciones producen efecto.

Tales causas son: a) cuando el causante no dispuso de sus bienes; b) cuando habiendo dispuesto de sus bienes no lo hizo conforme a derecho; y c) cuando habiendo dispuesto conforme a derecho de sus bienes, no tienen efecto sus disposiciones.

Lo que con más frecuencia origina que una sucesión sea intestada, es el hecho negativo de que el causante no haga testamento, única forma válida de expresar la última voluntad. En este caso el difunto no dispuso de *ninguna parte* de sus bienes, siendo por consiguiente intestada toda la sucesión. Puede ocurrir que el difunto haga testamento pero en él no disponga de todos sus bienes, sólo de una parte, quedando la parte de que no dispuso sujeta a las reglas de la sucesión intestada, siendo este uno de los casos que dan lugar a la sucesión parte testada y parte intestada. A esto se debe que el artículo 981 comience diciendo: "Las leyes reglan la sucesión en los bienes de que el difunto *no ha dispuesto.....*".

Esos bienes de que no ha dispuesto pueden ser todos o una parte de ellos. Puede no haber dispuesto de todos los bienes porque no hizo testamento; pero aún habiéndolo hecho puede no haber dispuesto de ninguna parte de sus bienes. Ello se patentiza cuando el testamento no contiene disposición de bienes, lo cual no es insólito como se verá en su oportunidad (infra #45).

El difunto puede haber dispuesto de sus bienes para después de su muerte, puede haber hecho testamento, pero por no haberlo hecho conforme a derecho, la sucesión se vuelve intestada. El testamento que no se hace observando las solemnidades, para la clase de que se trate, que prescribe la ley, es nulo. Declarada la nulidad por sentencia ejecutoriada, la sucesión se queda sin testamento y tiene que regirse por las reglas de la intestada. Creemos que también queda comprendido en esta parte el caso en que el testamento es nulo porque el difunto era inhábil para testar, como ocurre en todos los casos del artículo 1002.

El testamento puede haberse hecho con observancia de todas las solemnidades que la ley prescribe, y teniendo el difunto la habilidad o capacidad para testar, y no obstante la sucesión se va a regir por las reglas de la intestada. Ello ocurre cuando las disposiciones testamentarias no tienen efecto, como cuando los herederos instituidos fallecen antes que el causante o son incapaces por otra causa, son declarados indignos, repudian la asignación, el asignatario instituido bajo condición suspensiva no la cumple o fallece antes de su cumplimiento, todo lo cual es aplicable también a los legatarios. Es necesario tener presente que en todos estos casos, si el testador no ha dispuesto la sustitución (infra #63) y esta tiene efecto, la sucesión intestada no tiene lugar; y que en algunos sólo una parte de la sucesión quedará intestada, como cuando la asignación que no tiene efecto consiste en una cuota de la herencia.

37.- EL ORIGEN DE LOS BIENES PARA REGLAR LA SUCESION INTESTADA O GRAVARLA CON RESTITUCIONES Y RESERVAS. Dijimos en el número 32 que cuando la ley atiende al origen de los bienes para reglar la sucesión intestada o gravarla con restituciones o reservas, la sucesión es *anómala*, porque ese origen determina que en algunos de los bienes que dejó el causante sólo sucederán los parientes que la ley indica, no todos los que ordinariamente son llamados a las sucesiones abintestato.

Atendiendo a su origen, los bienes se dividían antiguamente y se siguen dividiendo en algunas legislaciones, en bienes propios y en bienes adquiridos, y según que pertenecieran a una u otra categoría así eran o son

distribuidos entre distintos parientes cuando el causante muere sin descendientes, pues en caso de haberlos estos los reciben todos, excluyendo a los demás. Los bienes propios eran los que el causante había recibido por un título gratuito -herencias, legados o donaciones- de sus ascendientes, paternos o maternos. Los bienes adquiridos eran los que había obtenido con su propio peculio, con su trabajo o profesión. Sólo estos últimos eran transmitidos en forma ordinaria entre todos sus herederos; los bienes propios tenían que volver a la línea de que habían provenido: los recibidos de ascendientes de la línea paterna eran heredados sólo por parientes de esa línea, y los recibidos de ascendientes de la línea materna, sólo por los de ésta. Todo ello se significaba por medio de la locución "paterna, paternis; materna, maternis". Con ello se pretende mantener los bienes dentro de la misma familia; de ahí la razón de que a los bienes propios se les denomine bienes "troncales".

Ese origen también puede determinar que la sucesión intestada sea gravada con restituciones y reservas. La más importante de las primeras es la institución llamada "derecho de reversión legal", que consiste en que los bienes que una persona recibe por donación entre vivos, vuelven, revierten, al donante, en virtud de ese derecho que se le concede, cuando el donatario fallece antes que él y sin dejar descendencia, excluyéndose así esos bienes donados de la herencia dejada por el donatario. Actualmente existe en nuestra legislación un caso de "reversión legal", como una atenuación a lo dispuesto por el artículo 982 C., según el cual la ley no atiende al origen de los bienes para gravar la situación intestada con restituciones. Está contenido en el inciso 2o. del artículo 33 de la Ley de Adopción, ya que ahí se prescribe que cuando el adoptado muere sin dejar descendencia, vuelven al adoptante que le sobrevive, los bienes existentes en especie quede éste haya recibido. En este caso tiene lugar, pues, una sucesión anómala en nuestro derecho positivo, la del adoptado que muere en tales condiciones, siendo el adoptante un sucesor anómalo. Se justifica esta excepción porque se presume que con la donación el adoptante ha querido favorecer únicamente al adoptado y sus descendientes, con quienes está ligado por el vínculo legal de familia que nace de la adopción, y porque a él se le priva del derecho de suceder abintestato a su hijo adoptivo (Art. 24 inc. 2o. L. de A.).

Entre las *reservas* con que se grava la sucesión intestada, en razón del origen de los bienes, se destaca la institución conocida con el nombre de "bienes reservados", establecida en relación con las segundas o ulteriores nupcias del viudo o viuda que tiene hijos del precedente matrimonio. Si el cónyuge sobreviviente o *supérstite* que había adquirido bienes por herencia de su cónyuge premuerto, se volvía a casar, esos bienes quedaban reservados a su muerte para los hijos de su anterior matrimonio, no concurriendo en ellos ni su nuevo cónyuge ni los hijos que con éste había

tenido; lo mismo acontecía con los bienes que había heredado de alguno de sus hijos del primer o anterior matrimonio, hermanos de padre y madre del hijo causante, si los había desde luego, en ambos casos. Como se advierte, el objetivo de tal institución es proteger a los hijos del anterior matrimonio frente a la nueva familia creada por su padre o por su madre.

38.- EL SEXO Y LA PRIMOGENITURA EN LA SUCESION INTESTADA. En algunos países se regla la sucesión intestada de acuerdo con la teoría utilitaria y política (supra #7) en conformidad con los principios económicos y políticos que prevalecen en ellos.

En la sucesión intestada aplican, para determinadas clases sociales, el sistema de los *mayorazgos*, con el cual se evita el fraccionamiento de la propiedad inmueble, porque interesa a la economía del país conservar los latifundios, y que generalmente se combina con el derecho de *masculinidad*. Estos consisten en que, cuando el causante es una persona perteneciente a la nobleza, sus bienes no los heredan todos sus parientes que ordinariamente tienen derecho a la sucesión intestada, sino el mayor de los hijos, el primogénito, siempre que sea varón, pues que si es hembra entra a funcionar el derecho de masculinidad, esto es, que si hay hijo varón este es el que sucede, aunque sea menor que la hembra.

Nuestra ley, (Art. 983 C.) prescribe que en la sucesión intestada no se atiende al sexo ni a la primogenitura, indicando con ello que el sistema anterior no rige en nuestro país; por esto, el derecho de primogenitura de que habla el inciso 3o. del artículo 225 C., no tiene ninguna prerrogativa en nuestro derecho hereditario, que es donde radica su importancia.

Pero sí la tendría en un caso de la sucesión testamentaria, cuando el testador instituyera heredero o legatario "al primogénito" de un amigo, por ejemplo, y ese amigo tuviera un hijo legitimado y un hijo legítimo propiamente dicho, menor que aquél. ¿Cuál de los dos tendría derecho a la asignación?. Aquí habría que aplicar la disposición legal citada, en su inciso 2o., que establece que el beneficio de la legitimación no se retrotrae a una fecha anterior al matrimonio que la produce, y por eso el primer hijo concebido durante el matrimonio sigue siendo el primogénito a pesar de la legitimación de otro de mayor edad.

39.- LOS ORDENES DE LA SUCESION INTESTADA. Las personas a quienes la ley les concede vocación sucesoria, las que a la muerte del causante serán llamadas a sucederle, son las que tienen con aquél la clase de parentesco que la misma ley previamente ha indicado. Cuando la ley establece qué clase de parientes tienen derecho a la sucesión intestada, lo

hace formando con ellos varios grupos, que coloca bajo una numeración correlativa, mandando que tales grupos, que reciben el nombre de *órdenes*, prefieran unos a otros según su numeración, por manera que sólo en falta de los herederos llamados en el número anterior, entran los designados en el número que sigue.

La composición de los órdenes de la sucesión intestada difiere según el sistema que cada legislación adopte para su formación, como convenga a la organización social, política y económica del Estado. Los sistemas fundamentales que existen para la formación de los órdenes son tres: el sistema de clases, el sistema lineal y el sistema parentelar o por parentelas (Enrique Matínez Paz: ob. cit. págs. 174 a 176). A grandes rasgos, el primero consiste en que el legislador escoge a los parientes que van a formar parte de cada grupo u orden, exclusivamente según su preferencia, pero siguiendo, no obstante ese arbitrio, la presunta afeción del difunto, más sin atender a un criterio verdaderamente normativo, como sería el de que todos los parientes comprendidos en un orden tuvieran el mismo grado de parentesco con el causante. El segundo consiste en que los órdenes se forman agrupando en cada uno parientes que pertenecen todos a la misma línea, sin importar que sean de distintos grados, resultando así que todos los descendientes forman un orden, los ascendientes otro orden y los colaterales otro; al cónyuge lo adjuntan a alguna de esas líneas; pero en este sistema no toda la línea hereda, sino sólo los parientes más cercanos en grado al causante: los hijos excluyen a los nietos, los padres a los abuelos, etc. Y el tercer sistema consiste en que cada orden se constituye por parientes que pertenecen todos a la misma parentela, que es un grupo de personas que descienden todas del más próximo ascendiente común. La parentela rige el parentesco en el derecho germano, que por consiguiente no se basa en líneas y grados que es en lo que se basa el nuestro. Estos tres sistemas coinciden en un aspecto, a saber: todos colocan en el primer orden a los descendientes del causante. Ello se debe a que existe un consenso universal en cuanto a que el amor, el afecto, que una persona tiene por sus hijos es más intenso que el que les profesa a sus ascendientes, y obviamente que el que les guarda a sus otros parientes más lejanos. Causa y razón suficiente es esta para que ninguna legislación, de las que no niegan la propiedad privada, pueda prescindir enteramente del afecto presunto del causante en la formación de los órdenes, sea cual fuere el sistema que adopte para ello.

Nuestro legislador optó, en 1902, por el sistema de clases para formar los órdenes de la sucesión intestada, pero desechó la distinción de sucesores regulares e irregulares, como es fácil deducirlo de la composición de los mismos, pues algunos están formados por parientes de distintas líneas y hasta de distintos grados, por lo que no se trata del sistema lineal, y más obvio resulta que tampoco se trata del parentelar, puesto que nuestro

parentesco no se rige por parentelas, aunque sí le hemos tomado algo a tal sistema para reglar la sucesión intestada, como adelante se verá.

El hecho de que en nuestros órdenes se encuentren parientes que pertenecen a distintas líneas, y en uno de ellos hasta parientes que tenían distinto grado de parentesco con el causante, como ya se dijo, es el que indica que fueron agrupados según preferencia legislativa, característica del sistema de clases, lo que se confirma porque cuando se reformaron las disposiciones que reglan la sucesión intestada, por ley de 4 de agosto de 1902, formándose los órdenes actuales, la Comisión Reformadora dijo: "que entre los diversos sistemas (para la formación de órdenes) proponía el que le parecía más conforme con los sentimientos que ordinariamente determinan la designación de herederos, ya que la voluntad presunta del finado debe ser el principio que presida en la reglamentación de las sucesiones intestadas" ("El Código Civil de 1860", del Dr. Belarmino Suárez).

Los órdenes de la sucesión intestada son siete. Están comprendidos en el artículo 988 del Código Civil, y a cuyo estudio se procederá a continuación.

Primer orden.- En este orden están comprendidos los hijos legítimos, los hijos ilegítimos en la sucesión de la madre, el padre legítimo, la madre legítima o ilegítima, el cónyuge sobreviviente, y actualmente también el hijo adoptivo, porque este orden está tácitamente adicionado por el artículo 24 de la Ley de Adopción, que prescribe que en la sucesión intestada del adoptante, el hijo adoptivo será considerado como hijo legítimo; por consiguiente, el hijo adoptivo forma parte del primer orden, por estar equiparado a un hijo legítimo. No así el padre adoptivo en la sucesión del adoptado, como ya se dijo en otro lugar.

La concurrencia de los parientes enumerados es diferente según que el causante sea hombre o mujer. Si el causante es hombre pueden concurrir la cónyuge sobreviviente, sus hijos legítimos y adoptivos, su padre legítimo y su madre legítima o ilegítima; racionalmente, si la madre del causante es ilegítima no puede concurrir padre legítimo porque no existe. Si el causante es mujer, puede concurrir el cónyuge sobreviviente, sus hijos legítimos, ilegítimos y adoptivos, su padre legítimo y su madre legítima o ilegítima, tomando siempre en consideración que si la madre es ilegítima no existe padre legítimo de la casuante.

Cuando el causante varón no deja hijos legítimos pero sí hijos naturales, éstos, que forman parte del segundo orden, ascienden al primero, y concurren en la sucesión de su padre natural con las otras personas aquí designadas, con los mismos derechos que si fueran legítimos; lo mismo

ocurre cuando sólo ha dejado hijos adoptivos, porque el hijo adoptivo no excluye al natural, según lo prescribe también el artículo 24 de la Ley de Adopción, cuando dice que si no hubiere posteridad (descendencia) legítima, concurrirán con el adoptivo los hijos naturales. Ello es así porque su vínculo de parentesco con el causante es artificial, una mera creación de la ley, no se basa en la sangre, mientras que el natural sí es consanguíneo de aquél, y por ello no sería justa la exclusión.

Segundo orden. El segundo orden, además de ser numeroso es bastante complejo. Está formado por parientes de la línea recta ascendente y de la línea recta descendente, de distintos grados de parentesco con el *de cuius*. Presenta la particularidad de que no puede darse ningún caso en que concurren todos los parientes ahí enumerados respecto de una misma sucesión. Esto se debe a la inclusión del padre natural, porque concurrendo éste no pueden concurrir los abuelos y demás ascendientes paternos, por no tenerlos legalmente, al menos por ahora, el hijo natural. Comprende la siguiente enumeración, en forma confusa, porque los parientes se van mencionando en una especie de sube y baja en relación a ambas líneas: los hijos naturales en la sucesión del padre; los abuelos y demás ascendientes legítimos (sin límite legal alguno); la abuela por parte de madre aunque una y otra sean ilegítimas; los nietos ilegítimos por parte de madre, ya sea ésta hija legítima o ilegítima uterina; la abuela ilegítima por parte de padre legítimo; y el padre natural que haya reconocido voluntariamente a su hijo, siempre que éste haya aceptado el reconocimiento.

Esos parientes concurren según los casos, de modo que este orden hay que entenderlo racionalmente. Así, el que concurren o no todos "los abuelos y demás ascendientes *legítimos*" depende de la circunstancia de que el causante haya sido hijo legítimo o hijo ilegítimo, porque aunque los abuelos y demás ascendientes hayan sido casados no concurrirán todos si el causante era hijo ilegítimo; en cuanto a ellos de la línea recta descendente su concurrencia depende de la circunstancia de que el causante haya sido hombre o mujer.

En atención a lo anterior, y para la mejor inteligencia de este orden, lo estudiaremos por líneas, comenzando por la línea recta ascendente, y dentro de esta por los abuelos.

Cuando el causante era hijo legítimo y los abuelos y demás ascendientes también lo son, heredan todos a su nieto, bisnieto o tataranieto, según sea. Pueden ser legítimos sólo los ascendientes de una línea, los de la paterna o los de la materna, en cuyo caso concurren todos los de esa línea. Si los abuelos por la línea paterna son ilegítimos, sólo concurre la abuela ("La abuela *ilegítima* por parte del padre *legítimo*"); si los abuelos por la

línea materna son ilegítimos así mismo sólo concurre la abuela. Recuérdese que en todos los anteriores casos hemos partido del supuesto de que el causante era hijo legítimo, y hay que advertir que la ilegitimidad de los abuelos impide que sucedan "los demás ascendientes", porque la legitimidad estaría interrumpida en aquéllos, y la ley no les concedió el mismo favor que les concedió a las abuelas ilegítimas a las bisabuelas, tatarabuelas y demás ascendientes del sexo femenino, o sea el de que no importe su ilegitimidad por ser mujeres.

Ahora, si el causante era hijo ilegítimo, sólo tendrá ascendientes, de la misma calidad, por línea materna, porque actualmente en nuestra ley no existe ningún vínculo jurídico entre un hijo ilegítimo y sus abuelos y demás ascendientes *paternos*. En este caso sólo heredará la abuela materna, no así el abuelo materno, aun cuando éste sea casado con aquélla (porque el causante, su nieto, es ilegítimo); y la abuela materna sucede en este caso aun cuando sea madre ilegítima de la madre del causante ("...aunque una y otra sean ilegítimas"), de modo que la abuela por parte de madre siempre hereda, sea el causante hijo legítimo o ilegítimo porque el vínculo de consanguinidad entre éste, su madre y su abuela, es indudable (la abuela materna es la única que puede afirmar: "el hijo de mi hija mi nieto es". En este supuesto es que puede estar sucediendo el padre natural, a la par de la abuela materna, siempre que haya reconocido voluntariamente a su hijo y con tal que éste haya aceptado el reconocimiento. Con esto terminamos el estudio de los parientes de la línea recta ascendente que forman parte de este orden, reiterando que para que puedan concurrir los "demás" ascendientes, o sea, los bisabuelos, tatarabuelos y otros que puedan haber, es necesario que ellos y los abuelos, en sus respectivas ramas por supuesto, sean legítimos, amén de que el causante también tiene que haber sido legítimo.

Respecto a los parientes del causante pertenecientes a la línea recta descendente que forman parte de este orden, hay que tener presente, en cuanto a "los nietos ilegítimos por parte de madre", que si esta era hija legítima del causante, es indiferente que tal causante sea hombre o mujer; pero si era ilegítima, el causante necesariamente tiene que haber sido otra mujer, porque se exige que aquélla sea "uterina" con respecto a dicho causante. Si concurre hijo natural, ya sea que su reconocimiento haya sido voluntario o forzoso, pues para él no rige la limitación que tiene el padre natural cuando sucede a su hijo, también necesariamente el causante tiene que haber sido hombre; y si en este caso también heredan los nietos ilegítimos del causante por parte de madre, ésta tiene que haber sido hija legítima.

El artículo 36 de la Constitución establece que los hijos nacidos *dentro*

o fuera de matrimonio, y los adoptivos, tienen iguales derechos frente a sus padres. Si entendemos la expresión "tienen iguales derechos" en sentido amplio, quedarían comprendidos los derechos a la sucesión legítima, y los hijos ilegítimos, pero reconocidos, tendrían iguales derechos que los legítimos respecto a la sucesión intestada del padre, y consecuentemente, el primer orden de los comprendidos en el artículo 988 C. estaría actualmente adicionado en forma tácita con la inclusión de los hijos naturales, quienes habrían dejado de formar parte del segundo orden.

Pero el supuesto anterior sólo sería válido si la norma constitucional citada fuera de las llamadas "operativas", que "son las que por su naturaleza, resultan susceptibles de inmediato funcionamiento y aplicación, aun sin normas ulteriores que las determinen"; no así si fuera "programática", que "son las que, al contrario, requieren imprescindiblemente de otras normas ulteriores que las determinen y a falta de esas normas no pueden aplicarse" (German J. Bidart Campos: "Manual de Derecho Constitucional Argentino", EDIAR, Nueva Edición Actualizada. Bs.As.1984, pág. 40). Por venir perfectamente al caso, transcribimos lo que a propósito de las normas programáticas dice el renombrado autor que acabamos de citar. Dice así: "Las normas programáticas plantean un serio problema en relación con la supremacía de la constitución (sic). En efecto: si una norma programática contenida en la constitución no puede funcionar hasta que los órganos del poder la determinan mediante otra norma derivada más precisa, parece que la supremacía de la constitución queda postergada o relegada hasta que el órgano del poder actúa; y si acaso no actúa, la falta de determinación de la norma programática enerva aquella misma supremacía. Tan compleja cuestión nos obliga a decir, sumariamente, que la existencia y la realidad de las normas programáticas no violan, por sí solas, la supremacía de la constitución. Por eso, no descartamos el concepto de norma programática como admisible en el derecho constitucional. Lo que sí aclaramos es que la inactividad de los órganos del poder que omiten determinar mediante normas más precisas a las normas programáticas de la constitución, es inconstitucional por omisión. En consecuencia, cuando después de un lapso suficientemente razonable la norma programática no ha sido determinada, la mora del órgano del poder encargado de dictar las normas derivadas debe abrir la vía de acceso de los particulares perjudicados ante los jueces, para que éstos, declarando la inconstitucionalidad por omisión, pongan en funcionamiento la norma programática y faciliten su aplicación y su vigencia impedidas hasta ese momento. Como principio general, también sostenemos que la necesidad de determinación que tienen las normas programáticas para poder funcionar cuenta con la posibilidad de que sean objeto de esa misma determinación por parte de los jueces en las causas donde tales normas Programáticas están en juego". (Bidart Campos: ob.cit. págs. 40 y 41).

Acerca de si la norma constitucional de que nos ocupamos es operativa o programática no nos pronunciamos, porque ello excedería los límites y objetivos de este estudio, pero sí diremos que advertimos falta de precisión en el artículo 36, inciso primero, de la Constitución, cuando dice que los hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio tienen iguales derechos frente a sus padres. Querrá significar que los hijos que un hombre ha tenido fuera de matrimonio tienen iguales derechos que los que ha tenido dentro de matrimonio, o sólo significará el reconocimiento de la familia natural por parte del legislador constituyente, debiéndose entonces entender que los derechos que tienen los hijos nacidos fuera de matrimonio *frente a sus padres*, son los mismos que tienen los hijos nacidos dentro de matrimonio *frente a los suyos*? Si el primer supuesto es el verdadero, ello no dejaría de atentar un tanto contra la institución del matrimonio, que el mismo Estado tiene el deber de fomentar, aunque una pequeña ojeada al derecho comparado nos demuestra que hay legislaciones en que la igualdad de derechos entre los hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio es completa, aun en los derechos sucesorios abintestato, tal ocurre en las de Perú y Guatemala, entre otras, en donde "los hijos", sin distinguir qué calidad tienen, figuran en el primer orden.

Tercer orden. A partir del tercer orden, hasta el sexto, la ley enumera los parientes del causante por la línea colateral que tienen derecho a la sucesión intestada. En el tercero, que es uno de los más sencillos, son llamados a suceder "los hermanos legítimos por parte de padre", llamados hermanos paternos, porque lo son sólo de padre, caso que se da cuando el causante era hijo de un hombre que se había casado dos o más veces, y tuvo hijos por lo menos en dos de sus matrimonios, siendo el *de cujus* uno de tales hijos, a quien suceden los otros hijos legítimos de su padre, que son sus "hermanos legítimos por parte de padre"; y "los hermanos uterinos legítimos o ilegítimos". Hermanos uterinos se les llama a los que lo son por parte de madre, y, haciendo abstracción del padre, que puede o no ser el mismo respecto de todos, también son denominados hermanos maternos. Son legítimos cuando la madre se ha casado dos o más veces, y ha tenido hijos por lo menos en dos de sus matrimonios, y son ilegítimos cuando son fruto de sus relaciones extramatrimoniales. Puede ocurrir que todos los hermanos uterinos sean hijos legítimos o todos ilegítimos, o que algunos sean legítimos y otros no, como cuando la madre ha tenido algún hijo ilegítimo y después se casa, teniendo hijos en su matrimonio; éstos son legítimos, y tienen un hermano uterino ilegítimo. En todos estos supuestos los hermanos se suceden entre sí, pues según la ley no importa su calidad, basta con que sean uterinos, atendiendo al principio de que entre los hijos de una mujer no se hace el distinguo de legítimos e ilegítimos. Por esto es que, en los anteriores órdenes, todos tienen iguales derechos sucesorios frente a ella, así como ella los tiene frente a ellos.

Desde luego, es obvio que también quedan comprendidos en este orden los hermanos legítimos de doble vínculo, los que lo son por parte de padre y de madre legítimos, o sea, hijos del mismo matrimonio, que reciben el nombre de hermanos carnales, llamados también hermanos "germanos", ya que al mismo tiempo que son hermanos legítimos por parte de padre son hermanos uterinos legítimos, por lo que realmente huelga mencionarlo, y por ello la ley hace bien en no expresarlo.

En este orden hay un caso en que pueden suceder todos los sucesibles que en él quedan comprendidos, esto es, hermanos paternos, hermanos maternos y hermanos carnales: cuando el causante era uno de los hijos de un matrimonio, y tenía por consiguiente hermanos carnales, y por otra parte, su padre y su madre tenían uno o más hijos de anterior matrimonio (o alguno ilegítimo la madre), que eran, los unos, sus hermanos por parte de padre legítimo, y los otros, sus hermanos uterinos (legítimos o ilegítimos). Lo anterior es posible porque los hijos de un matrimonio son hermanos de los hijos legítimos de su padre y su madre habidos por ellos en otros matrimonios, y de los hijos ilegítimos de su madre; pero los hijos sólo de ésta no son hermanos de los hijos que su marido ha tenido en otros matrimonios, tampoco los hijos sólo del marido son hermanos de los hijos de la cónyuge.

Cuarto orden. Comprende "los hijos ilegítimos de la hermana legítima o ilegítima uterina" (hermana del causante, se entiende). Tales sucesores son, entonces, sobrinos ilegítimos del causante, sus parientes en tercer grado de consanguinidad ilegítima, en la línea colateral. Si la madre de los sucesores que están comprendidos en este orden, era hermana legítima del causante, puede haber sido de doble vínculo (carnal), sólo paterna o sólo materna, según ya quedó explicado en el análisis que del tercer orden se acaba de hacer, lo que también excusa de ejemplificar aquí sobre la hermana ilegítima uterina.

Se observa que quienes suceden en este orden son los hijos ilegítimos de una *hermana* del causante, porque la ley sólo reconoce parentesco entre los hijos ilegítimos de una mujer y los parientes de ella, no con los del padre ilegítimo, aunque éste sea natural; y que esa hermana del causante *era* de los parientes que forman el tercer orden, puesto que se exigen en ella los mismos requisitos que se exigen a los hermanos cuando opera ese tercer orden: que sea hermana legítima o ilegítima uterina del causante. De modo que ella, de haber podido suceder, lo habría hecho en tercer orden, de donde se ve que el legislador, al formar este orden con sus hijos ilegítimos ha querido evitar el perjuicio que ellos sufrirían al no poder suceder su madre a su tío, porque si lo hubiera podido hacer (en el tercer orden) ellos habrían resultado beneficiados indirectamente, a través de su madre. No están

comprendidos en el orden que se estudia los hijos *legítimos* de la hermana legítima o ilegítima uterina, porque ellos suceden a sus tíos por derecho de representación, como se verá al estudiar esta forma indirecta de suceder.

Quinto orden. Este orden, al igual que el segundo, es complejo. Está integrado por ciertos tíos paternos y maternos del causante, parientes del mismo en tercer grado de consanguinidad en la línea colateral, legítimos e ilegítimos según se verá. La ley los menciona en la siguiente forma: "los hermanos legítimos del padre legítimo y de la madre legítima o ilegítima, y los hermanos ilegítimos uterinos del padre legítimo y de la madre legítima o ilegítima", pero podemos mencionarlos en otra forma, que tal vez sea más sencilla. Así, los tíos por la línea paterna que tienen derecho a la herencia de su sobrino, a falta de los parientes comprendidos en los cuatro órdenes anteriores, que es como funcionan todos, son: los hermanos legítimos e ilegítimos uterinos del padre legítimo; y por la línea materna: los hermanos legítimos e ilegítimos uterinos de la madre legítima o ilegítima.

Como se ve, la condición indispensable para que sucedan los tíos paternos es la de que el causante haya tenido padre legítimo. Siendo así, suceden al sobrino los hermanos legítimos del padre del causante y los hermanos ilegítimos pero uterinos del mismo padre legítimo del causante.

Respecto a su madre, el causante puede haber sido hijo legítimo o ilegítimo de ella; en cualquiera de los dos casos suceden a su sobrino los hermanos legítimos e ilegítimos pero uterinos de la madre de aquél.

Sexto orden. En este orden, uno de los más sencillos, sólo se encuentran "los primos hermanos legítimos" del causante, que son sus parientes colaterales en el cuarto grado de consanguinidad legítima, último grado de parentesco en esta línea al que la ley concede derechos a la sucesión intestada.

Es de notar que en todos los anteriores órdenes no se hace diferencia en la sucesión de la madre, entre los hijos legítimos y los ilegítimos, "porque es una verdad fuera de toda duda que el amor de las madres no hace distinción entre hijos legítimos o ilegítimos, y la exclusión de estos de la herencia materna, explicable sólo por el deseo de fomentar las uniones legítimas, va contra las leyes de la naturaleza", como muy bien dijo la Comisión Reformadora de 1902; y que a los parientes ilegítimos uterinos también se les conceden derechos sucesorios. Pero en este orden el legislador exige que los primos hermanos, para poderse suceder unos a otros, sean legítimos, de modo que un primo hermano ilegítimo del causante aunque sea uterino, no tiene derecho a sucederlo.

Septimo orden. Cuando por ley de 4 de agosto de 1902 se establecieron los actuales órdenes, con arreglo a los cuales se sucede intestadamente, se justificó la inclusión de la Universidad y los hospitales, diciéndose: "Es de notar que, en la generalidad de los casos, los que hacen testamento no se acuerdan de dejarles nada a los parientes lejanos, que de ordinario son para ellos personas enteramente desconocidas. Los que no tienen deudos inmediatos a quienes heredar suelen disponer de su fortuna en favor de los institutos de beneficencia o de enseñanza o de otras fundaciones de utilidad pública. Por eso la Comisión es de parecer que, no habiendo consanguíneo dentro del cuarto grado ni descendientes legítimos de ellos, la herencia del intestado se destine a la Universidad Nacional y a los hospitales".

De la anterior exposición se advierte que la razón del legislador para no conceder derechos sucesorios abintestato, ni en forma directa ni indirecta, a los parientes del causante más allá del cuarto grado de consanguinidad en la línea colateral, fue la de que tales parientes por lo general son personas enteramente desconocidas para aquél, y a quienes, si hubiera hecho testamento, no teniendo parientes inmediatos a quienes heredar, no les habría dejado nada, prefiriendo dejar sus bienes a cualquier fundación de utilidad pública; por ello, siguiendo la presunta voluntad del causante, la ley tampoco debe llamarlos a suceder cuando el causante no hace testamento; y es así como, en lugar de todos esos parientes lejanos (más allá del grado que se 'na dicho) llama en el último orden a la Universidad Nacional, ahora Universidad de El Salvador, y a los hospitales. Antes de las mencionadas reformas se concedían derechos hereditarios en la sucesión intestada hasta el sexto grado de consanguinidad en la línea colateral, tenían entonces derecho los primeros hermanos segundos, los hijos de dos primos hermanos; y en último orden sucedía el Fisco.

Llegado el caso, corresponde la mitad de la herencia a la Universidad y la otra mitad al hospital u hospitales del Departamento en que el difunto hubiere tenido su último domicilio, y si no hubiere ningún hospital en dicho Departamento, o el difunto no hubiere tenido nunca domicilio en el país, esa mitad corresponde al hospital de San Salvador; pero como ahora en San Salvador existen varios hospitales, esta mitad tendría que distribuirse entre todos ellos, en el entendido de que se trata de los que son sostenidos con fondos del Estado.

40.- DERECHO PERSONAL Y DERECHO DE REPRESENTACION. Cuando tiene lugar la sucesión intestada, sea por el motivo que fuere, los llamados a suceder al causante son los parientes que están incluidos en los órdenes anteriormente analizados, con la preferencia

que la ley establece, o sea, que sólo en defecto de los del orden anterior suceden los del que sigue. Los parientes que integran los órdenes de la sucesión intestada tienen vocación sucesoria propia, directa, originaria, porque son los llamados *ab-initio* por la ley a suceder; y para colocarlos en esos órdenes el legislador aplicó de una vez la regla que establece que el pariente más próximo en grado al causante excluye al más lejano (que antes se aplicaba al funcionar cada orden, esto es, que dentro del orden el pariente más cercano excluía al más lejano), aunque no con todo su rigor, porque se atenuó al formar el segundo orden, en donde se ve que se colocó al hijo natural, que está en primer grado de parentesco con el causante, y a la par a otros parientes de distinto grado, y que lo mismo ocurrió con los abuelos legítimos (2o. grado) y los demás ascendientes legítimos. Por el hecho, pues, de estar incluidos en los órdenes, esas personas heredan por derecho personal, expresión que convendría sustituir por "derecho propio", que es más connotativa de la idea de que quienes integran los órdenes de la sucesión intestada no heredan prevaleciéndose del derecho que otro tenía y que no ejerció porque no quiso o no pudo; mientras que la otra puede inducir a pensar que se está tratando de los derechos personales o créditos. Ya formados nuestros órdenes tal como están, la regla enunciada arriba ha perdido su importancia, porque ahora ningún sucesible excluye a otro dentro del mismo orden.

Quienes suceden por derecho propio heredan por cabezas, esto es, que la herencia o la parte de ella que les corresponda cuando se trata de una sucesión parte testada y parte intestada, se divide en tantas partes cuantos sean los llamados a recibirla (partes viriles), tomando una cada uno, lo que la ley expresa diciendo que toman entre todos y por iguales partes la porción a que la ley los llama, no estableciendo ya la misma ley otra división diferente (como todavía dice el inciso 2o. del Art. 985 C.), como sí acontecía antes de las reformas de 1902, pues cuando el padre no dejaba posteridad legítima le sucedían sus ascendientes legítimos de grado más próximo, su mujer y sus hijos naturales, pero no por iguales partes, sino que la herencia se dividía en cinco porciones, de las cuales dos eran para los ascendientes, dos para la mujer y una para los hijos naturales.

Pero abintestato también se puede suceder en forma indirecta, especial para esta clase de sucesión, haciendo uso del llamado derecho de representación, lo que ocurre cuando quien lo hace se prevale para ello del derecho que otro tenía a ser llamado a aceptar una asignación hecha por la ley, pero ese llamamiento no se actualizó para él, o se extinguió, porque ya no tenía vocación sucesoria, su derecho a ser llamado había caducado porque ya había fallecido cuando debió habersele hecho el llamamiento, o porque le afectó una incapacidad de goce en relación con la asignación a que estaba virtualmente llamado, o bien porque repudió la asignación o fue decla-

rado indigno. En el derecho de representación la delación se verifica en algunos casos para el que estaba originalmente llamado a suceder y en otros no, lo que es diferente a lo que ocurre en el derecho de transmisión, la otra forma indirecta de suceder, porque en esta el llamamiento se actualiza siempre, la delación para el que estaba originalmente llamado siempre se verifica; si no fuera así no habría lugar a la transmisión del derecho de opción. Si a un sucesor no se le ha deferido la herencia o legado cuando fallece, no transmite nada. En el derecho de representación la delación no se verifica en los casos de premuerte e incapacidad del asignatario; y se verifica cuando se trata de repudiación e indignidad. Pero en todos estos casos hay lugar a la representación; ellos quedan comprendidos en la frase "no quisiese o no pudiese suceder", contenida en el inciso segundo del artículo 984 C., que da el concepto de la representación.

En todos ellos, premuerte del asignatario, incapacidad, indignidad y repudiación, el que estaba originalmente llamado a suceder y no quiso o no pudo hacerlo, deja vacío el lugar que en los órdenes de la sucesión intestada estaba ocupando, y ese lugar es llenado por otro pariente del causante, a quien la ley previamente ha designado; y como quien ocupaba ese lugar había sido colocado ahí en virtud del grado de parentesco que lo unía con el finado, ese mismo grado *se supone* existente en quien lo llena, por lo que 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 sólo se trata de una ficción, que recibe el nombre de representación, que nada tiene que ver con la facultad de representar a otro en cuanto a la adquisición y ejercicio de sus derechos, o sea, con cuestiones de personería, y la facultad de hacer uso de aquella ficción se llama "derecho de representación", que como se advierte de lo dicho no consiste en que una persona ascienda de orden, sino en *introducir* en alguno de ellos a alguien que originalmente no figuraba en él, en el lugar que otro ha dejado de ocupar, quien necesariamente tiene que haber sido descendiente del causante o su hermano, con la calidad de parentesco que la ley exige y que adelante se examinará; y quien llega a ocupar ese lugar debe ser a su vez descendiente de quien lo ocupaba, lo que significa que este modo indirecto de suceder sólo tiene lugar en la línea descendente del propio causante y en la línea descendente de sus hermanos, siempre que éstos hubieren estado llamados originalmente a sucederle. De todo lo dicho se desprende sin esfuerzo que la representación sólo tiene lugar en la sucesión intestada, expresando la ley al respecto que se sucede abintestato ya por derecho personal ya por derecho de representación.

El derecho de representación tiene lugar en la línea recta descendente del causante y en la línea colateral, pero en esta únicamente en el segundo grado, esto es, sólo respecto de los hermanos del causante; pero en cualquiera de esas dos líneas sólo se puede representar, sólo se puede ocupar el lugar que en determinada sucesión le correspondía, al padre o a la madre de quien pretenda hacerlo, del representante. Y dicho padre o madre debe haber sido a su vez o descendiente o hermano del causante, nunca su ascendiente, aun cuando no haya sido quien estaba originalmente llamado a suceder, aun cuando no haya tenido llamamiento personal; en otras palabras, aunque el representado no haya sido quien estuviera ocupando un lugar en los órdenes, sino que únicamente podía haber sucedido a su vez, haciendo uso del derecho de representación, lo que se suele expresar diciendo que la representación puede ser de varios grados, con base en que la ley -inciso 3o. del artículo 984- permite representar a un padre o madre que, si hubiese querido o podido suceder, habría sucedido por derecho de representación. Para plasmar esta idea supóngase que el causante A tiene un hijo legítimo B, y éste a su vez tiene un hijo legítimo C, que es nieto del causante, y éste también tiene un hijo legítimo D, que es bisnieto del causante. 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* hacerlo y repudia, o *no puede* hacerlo porque también es incapaz o indigno ("si hubiese querido o podido suceder, habría sucedido por derecho de representación") respecto del causante A; entonces D, bisnieto del causante, en representación de su padre C acepta lo que a éste podría haberle correspondido si hubiese querido o podido suceder por *representación* de B en la sucesión de A (Ver el diagrama 1). Lo que significa este inciso es, pues, en otras palabras, que haciendo uso del derecho de representación se puede aceptar lo que a otro le podría haber correspondido también por derecho de representación. En el caso propuesto el bisnieto D primero representa a su padre C, y ya colocado en este lugar también representa a su abuelo B: hay representación de dos grados. Como se ve, la representación de varios grados sólo 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 esta no es la premuerte del hijo ni del nieto del causante A. Pero si, en el mismo caso, 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 más que el bisnieto D podría aceptar, pero esta por derecho personal: la de C. Las herencias de C y B también podría repudiarlas y aceptar sólo la herencia de A por derecho de representación; con lo que se caería en la situación primeramente planteada, esto es, en que solamente se sucede por derecho de representación en varios

grados. En la segunda situación hay que tomar en cuenta que la herencia de C le correspondería a D por derecho personal, la de B por representación del mismo C, y la de A por representación de B, y que en caso de que acepte todas esas herencias el bisnieto D tiene que ser capaz y digno respecto de todos los causantes. En estos casos de representación de varios grados es donde se puede presentar la situación consistente en que, el que está sucediendo a una persona, no haya existido cuando la sucesión de aquella se abrió (2o. diagrama).

En una misma sucesión algunas personas pueden suceder en forma directa, por derecho personal, y otras en forma indirecta, por derecho de representación; pero jamás una misma persona puede concurrir en la sucesión de que se trate por derecho personal y a la vez por derecho de representación. Ello es imposible, porque quien hace uso del derecho de representación no tiene llamamiento personal, no tiene vocación sucesoria legítima propia, sino subsidiaria, y si no fuera por el auxilio de la representación no heredaría. Cuando se trata de una sucesión intestada, que como ya se dijo es la única en que tiene lugar el derecho de representación, en algunas estirpes (infra #41) se puede estar sucediendo en dicha forma indirecta y en otras por derecho de transmisión; esto es posible porque esta otra forma indirecta de suceder puede tener lugar tanto en la sucesión testamentaria como en la *intestada*; por lo contrario, cuando se trata de una sucesión testada no pueden tener lugar ambas formas indirectas de suceder, debido a que en la testada la representación no opera.

Puede ocurrir así mismo que todos los que suceden lo hagan por derecho de representación, como cuando el causante a la fecha de su muerte sólo tiene nietos legítimos, hijos de dos hijos legítimos suyos premuertos; en la hipótesis dada todos los nietos legítimos le suceden en representación de sus respectivos padres. En este caso ejemplar, a pesar de que los nietos son los parientes más próximos del causante en la línea recta descendente no suceden por cabezas sino por estirpes, porque siempre heredan por derecho de representación. Esto se ha establecido así para mantener la igualdad entre las estirpes, ya que si sucedieran por cabezas la herencia tendría que ser dividida en partes alícuotas más pequeñas, y ello perjudicaría a la estirpe menos numerosa, como ocurriría en el caso propuesto si los nietos fueran cuatro y de ellos tres lo fueran por parte de uno de los hijos y uno por parte del otro, pues este último no llevaría la mitad de la herencia, que es lo que correspondía a su padre, sino solo un cuarto; en cambio, los otros tres nietos llevarían entre todos tres cuartos, un cuarto más de lo que correspondía al padre de ellos. En este mismo caso, cuando los descendientes que representan a sus respectivos ascendientes son iguales en número, o sea, que las estirpes (trancos) tienen todas el mismo número de ramas (igual número de nietos en este caso), dos y dos, daría lo mismo que sucedieran

por cabezas que por estirpes, porque siempre recibiría cada uno un cuarto de la herencia; pero si se produjera un acrecimiento, los efectos serían diferentes según que se suceda por cabezas o por estirpes. Si sucedieran por cabezas y faltara uno, su parte acrecería a los otros tres; en cambio, al suceder por estirpes, como está prescrito, esa parte sólo favorecería al otro miembro de su estirpe, a su hermano, y no a sus primos hermanos. (Diagrama 3) A eso se debe la frase "en todos casos" que aparece en el inciso primero del artículo 985 C.

Causante: bisabuelo

último causante

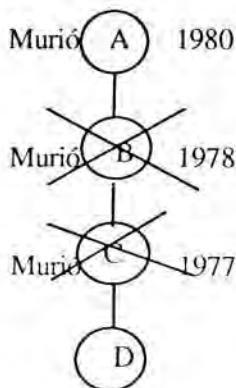
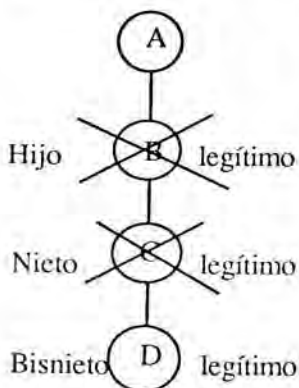
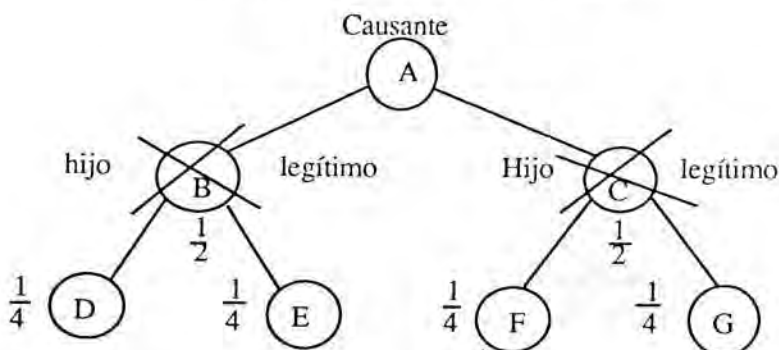


Diagrama 1

Diagrama 2



Nietos legítimos
Diagrama 3

En esta forma indirecta de suceder, los derechos del sucesor emanan directamente del causante, por disposición de la ley, contrariamente a lo que ocurre en el derecho de transmisión, y por ello el representante debe llenar los requisitos exigidos para recibir asignaciones por causa de muerte respecto del causante, no del representado; en consecuencia, debe existir al momento de abrirse la sucesión de aquél, y ser capaz y digno de sucederlo, aun cuando el representado no lo haya sido, porque no es de él que recibe sus derechos, expresando la ley al respecto que se puede representar al incapaz y al indigno. A esto se debe también que se pueda representar al que repudió la herencia del difunto, y a un ascendiente cuya herencia se ha repudiado (caso del que faltó porque premurió al causante), pues no es requisito para ejercer el derecho de representación que se acepte la herencia del representado, en su caso, en concordancia con los principios arriba enunciados.

Se dijo en líneas anteriores que en la formación de los órdenes actuales de la sucesión intestada se aplicó de una vez, la regla de que el pariente más próximo en grado al causante excluye al más lejano, que junto con las que establecen que para reglar la sucesión intestada o gravarla con restituciones o reservas, no se atiende al origen de los bienes, y que abintestato se puede suceder no sólo por derecho personal sino también por derecho de representación, constituían los tres principios fundamentales que gobernaban nuestra sucesión intestada antes de las reformas de 1902, y la siguen gobernando en otras legislaciones. Tal regla, entonces, ya no se aplica en el funcionamiento de los órdenes establecidos por artículo 988 C. Ahora suceden todos los que en el orden preferente están enumerados, no importando que algunos sean de grado más próximo al causante que otros, pero debe advertirse que sólo en el segundo hay parientes de distintos grados.

En nuestros órdenes no figuran los nietos y demás descendientes legítimos del causante, ni los sobrinos legítimos del mismo, y la razón de ser de esta exclusión consiste en que esos parientes lejanos del *de cuius* serán favorecidos a través de sus respectivos ascendientes, por lo que no había necesidad de incluirlos. Pero cuando el ascendiente por medio del cual esos parientes lejanos se relacionaban con el causante, no hereda, porque no quiere o por que no puede, el beneficio que a través de aquél se suponía iban a recibir, ya no lo reciben, y precisamente para evitar ese perjuicio se ha ideado el derecho de representación, definido por la ley como una ficción legal en que se supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre, si éste o ésta no quisiese o no pudiese suceder, expediente al que, según los tratadistas, el legislador no necesita recurrir, porque a la ley le basta su propio imperio para conceder derechos e imponer obligaciones, sean cuales fueren las situaciones de hecho que se proponga reglamentar; y así, la representación debe considerarse, no como una ficción legal, sino

como un derecho concedido por la ley.

Por haberse cambiado el sistema de nuestros órdenes en 1902, es necesario aprehender que el concepto de representación que da el artículo 984 c., inciso 2o., ya no corresponde exactamente a lo que en realidad ocurre entre nosotros cuando se hace uso de este derecho, porque, como ya se dijo en varias oportunidades, en el funcionamiento de aquéllos ya no tiene aplicación la regla de que el pariente más cercano en grado al causante excluye al más lejano, por la que no todos los que estaban en el orden sucedían, sino los de grado más próximo, razón por la que ya no tiene importancia que se suponga que quién hace uso de la presentación tenga el grado de parentesco de aquel a quien representa; antes sí, porque esto le permitía colocarse como pariente cercano en virtud de la ficción, y no ser excluido del orden en que *ya estaba* por quienes realmente tenían el mismo grado de parentesco que el representado con el causante. Ahora quienes suceden por representación no están formando parte de los órdenes de la sucesión intestada, por lo que ese derecho tiene por finalidad, no evitar que sean excluidos del orden dándoles un grado de parentesco que en realidad no tienen, sino *introducírlos* al mismo, en el lugar que ocupaba su padre o madre, que no quiso o no pudo suceder.

41.- LA ESTIRPE. Relacionada con la institución del derecho de representación está la parentela, que rige el parentesco en el derecho germano-suizo, de la que ya se habló al tratar de los principales sistemas que para la formación de los órdenes de la sucesión intestada existen, relación que tiene su razón en el hecho de que el artículo 985 C., en su primer inciso, prescribe que los que suceden por representación heredan en todos casos por estirpes, es decir-agrega-que cualquiera que sea el número de los hijos que representan al padre o madre, toman, entre todos y por iguales partes la porción que hubiera cabido al padre o madre representado. Por esta referencia a un sistema de parentesco extraño al nuestro, conviene saber, aunque sea someramente, en qué consiste la estirpe, y para dar una idea de ella y de la importancia que en el parentesco por parentelas tiene, recurriremos a la obra "Derecho de Sucesiones", del ilustre tratadista Julius Binder (Editorial LABOR, S.A. Barcelona, Madrid, Bs.As.,R.de Janeiro,México,Montevideo-1955. /Traducido de la 2a. edición alemana por José Luis Lacruz Berdejo).

El parentesco, en nuestra legislación se rige por grados y líneas. El grado es el número de generaciones que existen entre dos parientes, y la línea es la serie no interrumpida de grados. Estos pueden ser de consanguinidad y de afinidad y tanto la consanguinidad como la afinidad puede ser legítima o ilegítima. Cuando la serie de grados corresponde a personas que descienden las unas de las otras, la línea se llama recta, que considerada así, abstractamente, no tiene principio, o por lo menos es muy difícil determinar quién le dio origen, quién ha sido el autor de determinada

línea. Por eso a cada persona se le considera como autora de una línea y a la vez como el final de la de otro autor. La línea a que da origen está formada entonces por su descendencia, es la línea recta descendente, y la línea de la cual es el final está formada por lo que fueron antes que él, existan o no, y por eso son sus ascendientes, que forman por consiguiente la línea recta ascendente. Toda persona es, pues, principio y fin de una línea recta, y esto es lo que ocurre con el *de cuius*, con aquél de cuya sucesión se trata en cada caso concreto, que es el centro de dos líneas rectas, y si este centro es cambiado toda la relación jurídica sucesoria también cambia.

Cuando la serie de grados corresponde a personas que no descienden todas las unas de las otras, pero que sí están unidas por un autor común, tales personas forman otra línea, que es la transversal o colateral, y esta línea presenta la particularidad de que no tiene primer grado, pues comienza con los hermanos, que están entre sí en segundo grado de consanguinidad en dicha línea transversal; y a propósito, todo el parentesco de que aquí se trata es de consanguinidad, el que proviene de la sangre, pues al de afinidad no le concede la ley derechos sucesorios, a menos que al cónyuge se le considere como afín, lo que es bastante discutible.

En los pueblos germanos el parentesco se rige por otras reglas, ahí existe el parentesco llamado *parentelar* o por parentelas. La parentela es un grupo de parientes entre los que existe el vínculo de la descendencia de un autor común, o de otro modo, el conjunto de parientes que descienden todos del más próximo ascendiente común, que queda incluido en ese grupo; está formada entonces tanto por parientes que nosotros llamaríamos de la línea recta como por parientes de la línea colateral, distinción que no se hace en la parentela. Esta se divide en *estirpes*, o troncos (por lo que el sistema también se llama de troncalidad) y estas en ramas. Cada uno de los hijos (troncos) de una persona que se tome como causante y los descendientes de aquéllos forman una estirpe; cada uno de los nietos de ese causante y los descendientes de ellos forman una rama de la estirpe; y el conjunto formado por todas estas personas constituye una parentela, que en ese sistema es la primera, porque el causante de que se trata es el más próximo ascendiente común de las mismas, de todo ese grupo de parientes. La estirpe es entonces propia del sistema de parentesco parentelar, no del nuestro, que es lineal-gradual; y en los pueblos que se rigen por tal clase de parentesco los órdenes de la sucesión intestada están formados, cada uno, por una parentela, las que se distinguen unas de otras designándolas por ordinales, según la proximidad del ascendiente común con el causante de que se trate, siendo la primera parentela, como ya se dijo, la de los descendientes del causante (hijos, nietos y demás) que forman el primer orden; la segunda es la de los padres del mismo y sus descendientes (padres, hermanos, sobrinos, del causante) que forman el segundo orden; la tercera es la de los abuelos del causante y los descendientes de ellos (abuelos, tíos y primos del causante) que forman el tercer orden, y así sigue con los otros ascendientes en el caso de que existan

más. Esto de que una parentela es la que constituye un orden tiene suma importancia en el derecho sucesorio germano, como adelante se verá.

Cuando a determinada parentela le corresponde suceder, esto se verifica por estirpes, la herencia se divide entre todas las estirpes por partes iguales, pero dentro de estas sólo hereda el pariente más próximo en grado al causante, o sea, que dentro de ellas se aplica la regla de que el pariente más próximo en grado al causante excluye al más lejano; pero cuando ese pariente más próximo, por el cual se relacionaban con el causante los otros miembros de la estirpe -sus ramas- no sucede, entonces sí heredan estas, pero los miembros de las ramas toman entre todos la parte que le correspondía a aquel pariente más próximo al causante que no pudo o no quiso hacerlo (tronco), porque es la parte que le correspondía a su estirpe. Y como la que forma el orden llamado a suceder es toda una parentela, cuando ocurre lo anterior pueden estar heredando parientes lejanos del causante al lado de los más próximos, con llamamiento *personal* todos; de donde viene que cuando esos parientes lejanos heredan no lo hacen representando a nadie, tienen llamamiento personal porque habiendo desaparecido el pariente por medio del cual se relacionaban con el causante, ahora ellos son los más próximos dentro de su estirpe. En otra estirpe puede no haber ocurrido lo mismo, sino que el que hereda es un pariente más cercano al causante que los de las otras, de donde resulta que en una estirpe puede estar heredando un nieto del causante, y en otra un hijo de aquél, ambos por derecho personal, por lo que en este sistema la representación es desconocida. Tomemos por ejemplo la primera parentela, y supongamos que el causante tiene tres hijos, A, B, y C, o sea tres estirpes. A tiene dos hijos, B tiene tres hijos, y C tiene un hijo (ramas de las estirpes). Como son tres estirpes la herencia se divide en tres partes iguales, un tercio para cada una. A y B murieron antes que el causante; C está vivo y es hábil para suceder. En esta situación heredan los dos hijos de A, los tres hijos de B y el hijo C, que por ser más próximo al causante excluye a su hijo. Los hijos de A reciben entre los dos un tercio, los hijos de B reciben entre los tres un tercio, y C recibe el otro tercio.

Como en nuestro derecho no se sucede por parentelas, algunos parientes lejanos del causante no están incluidos en los órdenes de la sucesión intestada, no tienen vocación sucesoria propia; pero a algunos la ley les confiere una vocación sucesoria subsidiaria, para que hagan uso de la ficción que ella establece, llamada representación, a fin de colocarse en alguno de los órdenes en los que están incluidos parientes suyos susceptibles de ser representados cuando no suceden, y entonces, obtenido el llamamiento por medio de la ficción, nuestro sistema funciona igual que la parentela, y por eso el artículo 985 C., inciso primero, dice que "los que suceden por representación heredan en todos casos por estirpes, es decir, que cualquiera que sea el número de los hijos que representan al padre o

madre, toman entre todos y por iguales partes la porción que hubiera cabido al padre o madre representado", esto es, toman entre todos lo que correspondía al tronco del cual son ramas, y así considerados forman una stirpe. Como se ve, para tomar prestado del sistema de parentesco parentelar el funcionamiento de la primera parentela cuando ella es la que hereda, se ha tenido necesidad de echar mano primero de una ficción legal, la representación, que tiene por objeto conceder vocación sucesoria legítima a ciertos parientes lejanos del causante, en subsidio de la que originalmente se había conferido a un pariente más próximo, de lo cual no tiene necesidad aquel sistema, porque todos los miembros de una parentela, sean parientes próximos o lejanos del causante, tienen originariamente esa vocación; sin embargo en tal sistema algunos parientes del causante no suceden por la aplicación, dentro de cada stirpe, de la regla que establece que el pariente más cercano excluye al más lejano.

Además de las razones que ya se dieron (supra #40), al establecerse que quienes suceden por representación heredan en todos casos por stirpes, se ha tenido en mente que el auxilio que la representación presta a ciertos parientes para que puedan heredar, no perjudique a los parientes más próximos del causante que sí quieren y pueden suceder, porque si los representantes fueran varios y heredaran por cabezas, la herencia tendría que dividirse en partes alcuotas más pequeñas, por el efecto natural de la concurrencia de un mayor número de herederos que el que originalmente existía; por eso se establece que la herencia se divida por stirpes, no por cabezas, y que cuando la stirpe haya producido varias ramas, la porción que de la herencia le correspondía se divida entre estas por partes iguales, como dice la ley: "cualquiera que sea el número de hijos (ramas) que representan al padre o madre (tronco, stirpe) toman entre todos y por iguales partes la porción que hubiera cabido al padre o madre representado (a la stirpe)".

42.- REPRESENTACION EN LA LINEA RECTA. Dice el inciso primero del artículo 986 del Código Civil, que hay *siempre* lugar a la representación en la descendencia legítima del difunto (en la descendencia legítima de sus hijos legítimos), en la descendencia legítima de sus hijos naturales y en la descendencia legítima de los hijos ilegítimos respecto de la sucesión de la madre. Como la disposición legal habla, en los tres casos que comprende, de descendencia, se trata de una representación que tiene lugar en la línea recta descendente del causante, sin límite legal, lo cual se ha puesto de resalto al usar la palabra "siempre"; el límite que puede tener es sólo el dado por la naturaleza, y tomando 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. Se observa también que la

descendencia de los hijos del causante debe ser siempre legítima, ya se trate de la descendencia de un hijo legítimo, de la de un hijo natural, o de la de un hijo ilegítimo cuando se trata de la sucesión de la madre.

En el primer caso, el causante puede haber sido hombre o mujer ("en la descendencia legítima del difunto"), pero hay que tomar en cuenta que si era mujer, también puede ser representado un hijo ilegítimo de ella, siempre que el representante sea hijo legítimo de éste, puesto que tratándose de las mujeres tienen derecho a su herencia tanto sus hijos legítimos como sus hijos ilegítimos, pudiendo entonces darse el caso de que la sucedan por derecho de representación nietos legítimos y nietos ilegítimos, lo que resultaría en una combinación de este primer caso con el tercero de los que se han mencionado como de representación en la línea recta descendente.

El causante tiene que haber sido hombre para poder aplicar el segundo caso ("en la descendencia legítima de sus hijos naturales"), desde luego que cuando se habla de hijos naturales es con referencia al padre, al menos en nuestra legislación. Aquí el *representado* era hijo natural del causante; el que lo representa tiene que ser hijo legítimo de éste.

En el tercer caso ("en la descendencia legítima de los hijos ilegítimos respecto de la sucesión de la madre"), el causante tiene que haber sido mujer; el *representado* era su hijo ilegítimo, pero quien *representa* a éste tiene que ser su hijo legítimo. Hay que recordar lo que recién se dijo acerca de que la causante, además de tener hijos ilegítimos, que pueden ser representados como estamos viendo, también puede tener hijos legítimos, dándose la combinación de los dos casos de que ya se habló. Pero ya en la práctica judicial (o notarial) ninguno de ellos o más propiamente el que representa al hijo legítimo, necesitaría probar que su abuela fue casada: le basta probar que el representado fue hijo de ella, porque igual derecho tenía a su herencia como legítimo que como ilegítimo.

Según la Ley de Adopción, en la sucesión intestada del adoptante el hijo adoptivo será considerado como hijo legítimo. Por ello dijimos (supra No. 39) que el número 1o. del artículo 988 C. está adicionado por la mencionada ley, debiendo incluirse en él al hijo adoptivo. Por consiguiente, si un hijo adoptivo no quiere o no puede suceder, pero tiene hijos legítimos, éstos pueden representarlo. Por manera que el inciso primero del artículo 986 C. también está adicionado con un cuarto caso, pues la representación en la línea recta descendente del difunto tiene lugar así mismo "en la descendencia legítima de sus hijos adoptivos". Preferimos mencionar esto en forma especial para mayor claridad, aunque el caso podría considerarse incluido en el primero, ya que el hijo adoptivo es considerado como hijo legítimo.

Abundando en la exégesis del citado inciso y como resumen, se dirá que en la línea recta descendente del causante se puede representar: 1) a un hijo legítimo del causante respecto a la sucesión tanto del padre como de la madre de ese hijo; 2) a un hijo natural sólo respecto a la sucesión del padre del dicho hijo natural; 3) a un hijo ilegítimo respecto a la sucesión de la madre de ese hijo ilegítimo; y 4) a un hijo adoptivo del causante, sea éste hombre o mujer. Pero quien representa, quien hace uso del derecho de representación en cualquiera de esos cuatro casos debe ser descendiente legítimo de los dichos hijo legítimo, hijo natural, hijo ilegítimo e hijo adoptivo; a la descendencia ilegítima, aunque se trate de hijos naturales, no se le concede el derecho de representar.

Según lo anterior, los órdenes en que puede tener lugar, o sea, en que puede ubicarse el representante según el caso, en sustitución de su padre o madre que no quiso o no pudo suceder, la representación en la línea recta son: el primero, porque ahí están llamados a suceder los hijos legítimos, los hijos adoptivos y los hijos ilegítimos en la sucesión de la madre (casos primero, tercero y cuarto de la representación a que se refiere el inciso 1o. del artículo 986 C.); y el segundo, pues ahí está llamado a suceder el hijo natural en la sucesión del padre (segundo caso de representación de los ya citados). Conviene tener presente que el hijo natural puede ser representado también cuando le corresponde suceder en primer orden, cuando por no existir hijos legítimos del causante estaba llamado a concurrir con las otras personas designadas en ese orden, y no lo hace por no querer o no poder.

43.- REPRESENTACION EN LA LINEA COLATERAL En la línea colateral, dice la ley, *sólo* tiene lugar la representación en favor de los hijos y nietos legítimos de los hermanos legítimos o ilegítimos uterinos del difunto, "aunque no concurren con sus tíos". En esta línea el representado es hermano del causante, legítimo o ilegítimo uterino, y es en la línea recta descendente de tal hermano que ocurre la representación, con el fin de colocarse en el lugar que él ocupaba, y por consiguiente, de heredar al causante como si su propio hermano lo estuviera haciendo. La representación siempre está operando en la línea recta descendente, pero de un hermano del causante, no de éste, por lo que siempre se cumple el principio de que a quién se representa es al padre o a la madre. El hermano del causante que es representado puede haber sido hombre o mujer, con tal de que haya sido hermano legítimo o ilegítimo uterino del causante, porque sólo así tenía derecho a suceder. Significa todo lo anterior que en esta línea quienes heredan por derecho de representación son los sobrinos legítimos del causante, cuando su padre o madre, que era hermano del causante, estaba llamado a suceder a éste; de manera que quienes suceden por derecho de representación en esta línea heredan en tercer orden

de la sucesión intestada, porque es en este que se encuentran los hermanos legítimos del causante por parte de padre y los hermanos uterinos legítimos o ilegítimos del mismo. Hay que observar que en esta línea la representación sí tiene límite, sólo tiene lugar en favor de los hijos y nietos legítimos de los hermanos que se han mencionado; más allá de este límite legal no hay lugar a la representación. (Figura 1).

Puede ocurrir que a la muerte del causante existan uno o más hermanos suyos, legítimos o ilegítimos uterinos, y uno o varios hijos legítimos de otro hermano que no pueda suceder por cualquier causa (premuerte, incapacidad, indignidad) o no quiera hacerlo (repudia); los hermanos sobrevivientes, si son capaces y dignos, van a suceder por derecho personal, y los hijos legítimos del hermano que no pudo o no quiso suceder, sobrinos del causante, van a suceder por derecho de representación, concurriendo entonces con sus tíos (Figura 2). O puede ser que todos los hermanos legítimos, o ilegítimos uterinos del causante, no puedan o no quieran suceder, pero todos tienen hijos legítimos, sobrinos del causante. En este supuesto, los sobrinos tendrían derecho a la sucesión de su tío por derecho de representación de sus respectivos padres, sin que esté concurriendo a la misma sucesión otro tío de ellos (Figura 3), y a este caso es al que se refiere la ley cuando después de decir que los hijos y nietos legítimos de los hermanos legítimos o ilegítimos uterinos heredan por derecho de representación, agrega "aunque no concurren con sus tíos", prescripción que ahora resulta innecesaria, ya que tales sobrinos y sobrinos-nietos del causante no pueden heredarle más que por derecho de representación, puesto que ya no están incluidos en los órdenes de la sucesión intestada, y por consiguiente han dejado de tener vocación sucesoria propia, sólo la tienen subsidiaria, y si no fuera por la representación no heredarían. Antes de las reformas de 4 de Agosto de 1902 sí tenía sentido esa frase, porque existía una disposición que comenzaba diciendo: "A falta de las personas llamadas a suceder en los artículos que preceden, sucederán al difunto los otros colaterales legítimos según las reglas siguientes...", y las personas llamadas a suceder en los artículos que precedían eran los ascendientes, descendientes, el conyuge y *los hermanos* del causante; luego, en el orden de los "otros colaterales" quedaban comprendidos los sobrinos, sobrinos nietos, primos hermanos y primos segundos (antes los derechos de sucesión de los colaterales llegaban hasta el sexto grado). Entonces, estos "otros colaterales" tenían llamamiento propio, porque estaban en uno de los órdenes de la sucesión intestada, y por consiguiente podían heredar por derecho personal (por cabezas); pero cuando se trataba de la descendencia legítima de los hermanos legítimos o ilegítimos uterinos, o sea, de los sobrinos y sobrinos-nietos del causante, el inciso segundo del artículo 960 del Código Civil de 1860 establecía, como excepción, que heredarían por representación, aunque no estuviera

concurriendo ningún tío de ellos, esto es, aunque le correspondiera suceder al orden de "los otros colaterales", en el que estaban comprendidos, y según el cual deberían hacerlo por derecho personal. Cuando estaba concurriendo un hermano del causante siquiera, tío de los sobrinos o sobrinos-nietos que también concurrían, estos no podían heredar por derecho personal, porque el orden en que estaban *era excluido* por el anterior, aquel en que estaban los hermanos, pero se les permitía representar a sus respectivos padres para concurrir con sus tíos, que era el caso en que sí era necesaria para ellos la representación, ya que sin el auxilio de ella no podían suceder por ser excluidos por el o los hermanos del causante. Más concretamente: para el caso en que no estaban concurriendo con sus tíos, en el que les correspondía heredar por derecho personal según las reglas generales, se había dispuesto que también lo hicieran por derecho de representación; de ahí la frase "aunque no concurren con sus tíos". Esto se había dispuesto así indudablemente para mantener la igualdad entre las estirpes, evitando el perjuicio que resultaría para la menos numerosa si se les hubiera permitido suceder por cabezas, sobre lo cual nos remitimos a lo dicho en el #40.

En esta línea no cabe hablar de la representación en relación con la adopción simple, la que no produce la ruptura de los vínculos consanguíneos del adoptado con su familia de origen, porque en esta clase de adopción el adoptado no tiene tíos adoptivos, y el representante tiene que ser, forzosamente, pariente del causante. Poner en duda esto significaría desconocer toda la institución de la representación.

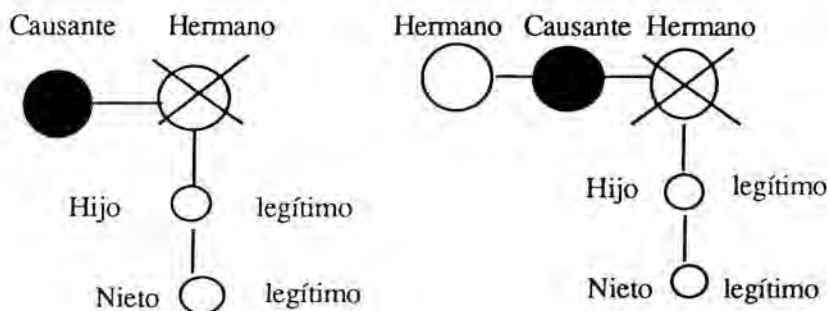


fig.1

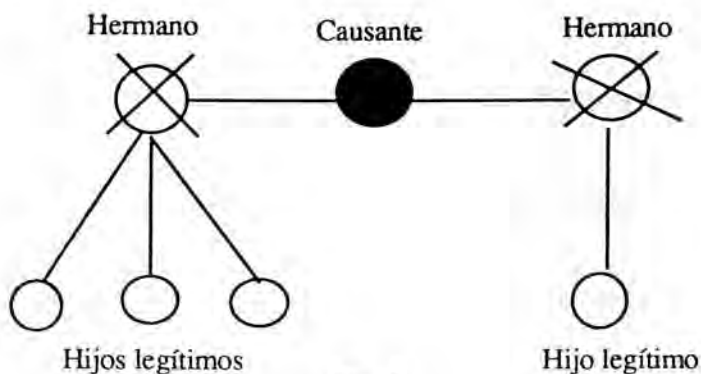


Fig. 3

44.- LOS EXTRANJEROS EN RELACION A LA SUCESION INTESTADA. Después de establecer las reglas que rigen la sucesión intestada, cuyo estudio se acaba de hacer, nuestro Código Civil, siguiendo su modelo el Código chileno, prescribe que "los extranjeros son llamados a las sucesiones abintestato abiertas en El Salvador de la misma manera y según las mismas reglas que los Salvadoreños", que no es más que una aplicación del principio general sentado en el artículo 55, acerca de que el ejercicio de los derechos civiles es independiente de la calidad de ciudadano, y que por consiguiente la ley no reconoce diferencia entre el salvadoreño y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles.

Antaño, las legislaciones de algunos países no admitían a los extranjeros en las sucesiones abiertas en sus territorios, y si el causante no había dejado herederos nacionales, sólo extranjeros, como a estos no se les admitía a la sucesión, la herencia pasaba al Estado. Al derecho que este tenía en tales casos se le denominaba "derecho de aubana" (auban:extranjero) o "albinagio". Por consiguiente, al llamar ahora a los extranjeros a las sucesiones abintestato abiertas en el país, tal como se llama a los nacionales, se ha hecho dejación de aquel derecho.

La ley hace referencia específicamente a las sucesiones abintestato, pero ello no significa que queden excluidas las sucesiones testamentarias. Lo que pasa es que estas no se mencionan por que no hay necesidad de hacerlo, puesto que en esta clase de sucesiones es el causante el que dispone de sus bienes, y en ellas prevalece sobre las reglas legales la voluntad del testador claramente manifestada.