

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**

**BREVES CONSIDERACIONES ACERCA DE LA  
SUCESION INTESTADA**

Tesis Doctoral presentada por:

**Héctor Enrique Jiménez h.**

Previa a la opción de su Investidura Académica de  
Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales

**OCTUBRE DE 1970**

546.052  
J 61 b  
1970  
F. J. G. S.  
Cj. 2

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR:

DR. JOSE MARIA MENDEZ

SECRETARIO GENERAL

DR. OSCAR QUINTEROS ORELLANA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

DR. GUILLERMO CHACON CASTILLO

SECRETARIO

DR. JOSE GUILLERMO ORELLANA OSORIO

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke.



## TRIBUNALES DE EXAMENES GENERALES PRIVADOS

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE:

CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL

PRESIDENTE: DR. GUILLERMO MANUEL UNGO

1er. Vocal: DR. MARCOS GABRIEL VILLACORTA

2o. Vocal: DR. JAVIER ANGEL

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE:

MATERIAS PROCESALES, LEYES ADMINISTRATIVAS

PRESIDENTE: DR. NAPOLEON RODRIGUEZ RUIZ

1er. Vocal: DR. JULIO CESAR OLIVA

2o. Vocal: DR. ULISES AYALA PINO

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE:

MATERIAS CIVILES PENALES Y MERCANTILES

PRESIDENTE: DR. JOSE NAPOLEON RODRIGUEZ RUIZ

1er. Vocal: DR. JOSE ENRIQUE SILVA

2o. Vocal: DR. JOSE EVERARDO RIVERA

ASESOR DE TESIS: DR. NAPOLEON RODRIGUEZ RUIZ

TRIBUNAL CALIFICADOR DE TESIS

PRESIDENTE: DR. JOSE NAPOLEON RODRIGUEZ RUIZ

1er. Vocal: DR. CARLOS FERRUFINO

2o. Vocal: DR. MIGUEL ANGEL PARADA.

D/14-51/70 #32593

## DEDICO ESTE HUMILDE TRABAJO

A Dios, inspiración en la vida de todo hombre;

A mi padre, (ya fallecido) Dr. Héctor Enrique Jiménez, cuyo talento, honradez y sapienza, sirvieron de guía - en mi carrera profesional;

A mi madre, Sara Zaldívar, Síntesis de amor y sacrificio, sin su constante ruego, talvez no hubiera alcanzado esta meta;

A mi esposa, Ana Elizabeth Lémus de Jiménez, gran apoyo moral en mi vida;

A mis hijos, Ana Sonia Elizabeth y Héctor Enrique, los - más grandes amores de mi existencia;

Y a mi hermana, Dora Armida Jiménez de Bendeck, quién -- siempre ha estado a mi lado.

## CAPITULO PRIMERO

- a) GENERALIDADES
- b) COMENTARIO AL ART. 981 C.
- c) COMENTARIO A LOS ARTS. 982 y 983

## CAPITULO SEGUNDO

- a) DE LA REPRESENTACION
- b) DE LA SEMEJANZA Y ALGUNAS DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO DE TRANSMISION Y EL DE REPRESENTACION.

## CAPITULO TERCERO

- a) DE LAS INCAPACIDADES
- b) DE LAS INDIGNIDADES

## CAPITULO CUARTO

- a) DE QUIENES SON LLAMADOS A LA SUCESION INTESTADA
- b) MODO DE PROCEDER CUANDO LA HERENCIA ES PARTE TESTADA Y PARTE INTESTADA.

## CAPITULO QUINTO

- a) DE LAS SUCESIONES DE LOS EXTRANJEROS Y FORMA DE LLAMAMIENTO.
- b) COMO HACER EFECTIVAS LA HERENCIA Y ALIMENTOS DE LOS SALVADOREÑOS EN LA SUCESION DE LOS EXTRANJEROS.

=====

## BREVES CONSIDERACIONES ACERCA DE LA SUCESION INTESTADA

### CAPITULO PRIMERO

#### a) GENERALIDADES

La palabra *Sucesión*, se deriva de *Successio*, de *Succedere*, que significa acción de suceder, o como dice el ilustre comentarista don LUIS CLARO SOLAR, "Entrar una persona o cosa en lugar de otra o seguirse a ella". (CLARO SOLAR, LUIS, explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Tomo --- XIII, pág. 9) -- Savigny, la definió como "El cambio meramente subjetivo en una relación de Derecho" y De Diego, dice -- que "Es un hecho, mediante el cual, al morir una persona, deja a otra la continuación de todos sus deberes y derechos". (Diccionario de Derecho Privado, Tomo II, pág 3701 Editorial Labor, S.A.).-- De lo anteriormente escrito, notamos que cuando se sucede a otro puede ser por acto entre vivos, o por -- causa de muerte. Y que cuando es por acto entre vivos como -- venta, permuta, es a título particular o sucesión particular y cuando una persona adquiere de otra o sucede de otra todo el conjunto de relaciones jurídicas patrimoniales que recae -- sobre cosas materiales que constituyen el patrimonio de ella, se tiene lo que se llama sucesión universal o a título univer -- sal tal es el caso de la sucesión por causa de muerte, pero esta última forma de suceder también puede ser a título sin -- gular como en el caso de los legados.

Generalmente, cuando se usa la palabra *sucesión*, quiere designarse con ella única y exclusivamente a la sucesión por causa de muerte que es "La transmisión del patrimonio de una persona difunta o de una cuota de él o de una o más co -- sas especiales, que efectúa a favor de determinada persona. (CLARO SOLAR, LUIS, Obra cit. pág. 11).

Anteriormente dejamos dicho, que la sucesión por cau -- sa de muerte puede ser a título universal o a título singu -- lar; pero es necesario hacer notar que cuando es a título --

universal, puede ser directa o indirecta.- Dentro de la sucesión a título universal directa se comprende la voluntaria o testamentaria y la legítima o Abintestato y dentro de la sucesión universal indirecta, está comprendida lo que se llama Fideicomiso universal.- (Diccionario de Derecho Privado, Tomo II, pág. 3701 Editorial Labor, S.A.). La sucesión por causa de muerte es voluntaria cuando depende exclusivamente de la persona del causante; y legítima cuando depende de la Ley. Pero en ambos casos, los elementos que deben reunir son de tres clases: Personales, reales y formales. Entre los primeros se pueden citar: La persona que transmiten (autor, causante, de cujus) y otra que recibe (sucesor, causahabiente, heredero), la cosa o el derecho; entre los elementos reales están el derecho y la cosa que se transmite y entre los elementos formales se encuentran el vínculo que une al autor y el sucesor y los actos y formalidades externos: testamento, etc. (Diccionario de Derecho Privado, Tomo II, pág. 3702 Editorial Labor, S.A.).

Por razón del trabajo que nos hemos propuesto, en adelante nos referiremos exclusivamente a la sucesión legítima o Abintestato, haciendo notar que nuestro legislador le concedió especial importancia a la sucesión legítima o intestada, puesto que la trató inmediatamente después del título -- primero del libro Tercero de nuestro Código Civil, que contiene las definiciones y reglas generales. Afirmamos lo anterior, porque, como lo ordinario o normal consiste, por lo menos en principio, en que se disponga de modo expreso por la persona para después de sus días, lo natural habría sido que este segundo título se ocupara de la sucesión testamentaria, en donde se patentiza la libre voluntad del disponente, y -- después de ser reglada tal sucesión, procediera a preceptuar sobre lo que es supletorio o interpretativo de la voluntad del causante. Sin embargo, no se hizo así pero el orden seguido por nuestro legislador no quita ni pone nada sobre el contenido del resto del tratado sobre sucesiones, señalándose aquí solamente con el propósito de hacer resaltar lo que

nos ha parecido que era más lógico en el ordenamiento del libro.

Siguiendo la idea de Vittorio Polacco, diremos que la sucesión legítima tiene un doble fundamento: El orden natural de los efectos y el orden social. Cuando no hay un acto del causante, la Ley interpreta la voluntad del mismo, inspiándose en el orden natural de los efectos. - (Polacco, Vittorio. De las Sucesiones, segunda edición, Tomo I. pág. 34); y deja el orden social como último recurso, pues llama en último lugar a la Universidad y los Hospitales.

#### b) COMENTARIO AL ART. 981 C.

El artículo 981 C., reza así: "Las leyes regien la sucesión en los bienes que el difunto no ha dispuesto, o si dispuso no lo hizo conforme a derecho, o no han tenido efecto sus disposiciones."

Lo primero que nos dá a entender este artículo, es que la sucesión intestada es supletoria de la sucesión testamentaria; pero además debe entenderse, en primer lugar, cuando no dispuso el causante de sus bienes cuando falleció testadamente, es decir, sin dejar testamento alguno, sea porque nunca testó, sea porque habiéndolo hecho revocó después sus disposiciones testamentarias. En segundo lugar, no dispuso cuando en el testamento que otorgó únicamente manifestó su voluntad en la designación de tutor o curador conforme a los artículos 374 C. y siguientes, o de reconocer a un hijo como natural de acuerdo con el artículo 280 C., o cuando se acordó simplemente del nombramiento de partidor de sus bienes para que actuara después de sus días, haciendo uso de lo que establece el artículo 1203 C. - En todos estos casos, pero no si nada el testador, respecto a sus bienes, se debe reglar la sucesión en la forma intestada en lo atinente a lo que queda. Y en tercer lugar, debe también normarse la sucesión supletoriamente cuando el testador, solo dispuso de una cuota de sus bienes o hizo uno o más legados, guardando silencio sobre el resto de los bienes o derechos que le pertenecían.



Pero agrega la disposición, que también se regula en la forma intestada, la sucesión, cuando habiendo testado el causante no lo hizo conforme a derecho. Supongamos el caso más simple dice el artículo 1009 C., que en El Salvador, el testamento solemne y abierto debe otorgarse ante competente Cartulario y tres testigos; pero no se cumplió con esto y solamente concurrieron dos testigos. En este caso, no se testó con arreglo a derecho y el acto testamentario es, no solamente nulo, sino inexistente, puesto que para que surgiera a la vida jurídica era preciso la formalidad esencial de la asistencia de tres testigos. De consiguiente, la sucesión se tiene que regir por las reglas de la sucesión intestada.

Por último, manifiesta el artículo que comentamos, que se estará en presencia de la sucesión intestada, cuando no han tenido efecto las disposiciones del testador. Lo anterior podría ocurrir en varios casos: Si testa el disponente a favor de un incapaz, si lo hace en beneficio de un indigno, a quién se vence en el juicio respectivo, si el heredero testamentario repudia o renuncia el derecho herencial, si se le hace alguna asignación bajo condición suspensiva y la condición llega a fallar, como sería cuando el causante le deja a determinada persona una asignación con tal que se case con otra, y ésta muere antes de efectuarse el casamiento.

En todos estos casos, se está en presencia de la sucesión intestada, porque es como si nunca se les hubiera asignado nada a tales herederos incapaces, indignos, etc.

Desde luego, que los casos señalados con anterioridad han sido a manera de ejemplos ya que también estarían comprendidos en la disposición que comentamos otros casos que puedan darse pero "en todos estos casos, en lugar del asignatario designado, si el testador no ha dispuesto otra cosa, deberán aplicarse las reglas de la sucesión intestada y la asignación corresponderá a los herederos legítimos".- (CLARO SOLAR, LUIS, Obra cit. Tomo XIII, pág. 196).

c) COMENTARIO A LOS ARTS. 982 y 983, C.

Nuestras leyes no atienden al origen de los bienes ni al sexo o primogenitura para arreglar la sucesión intestada. De modo expreso, los Arts. 982 y 983, C. lo dicen al manifestar, respectivamente, lo siguiente: La ley no atiende al origen de los bienes para reglar la sucesión intestada o gravarlos con restituciones o reservas. Y, En la sucesión intestada no se atiende al sexo ni a la primogenitura.-

Por, cabe hacernos una pregunta: ¿qué importancia práctica tienen estas disposiciones? En realidad, si desaparecieran del Código ninguna alteración podría sucitarse en la forma de reglamentación que existe respecto a la sucesión intestada. Puesto que para que ocurriera dicha alteración, sería preciso de disposiciones terminantes que lo dijeran. No habiendo tales disposiciones las cosas continuarían como están. Pero el legislador introdujo dichos preceptos de carácter aclaratorio porque no quiso dejar dudas alrededor de que el Código se apartaba del antiguo Derecho en que sí se tomaba en cuenta el origen de los bienes y que la persona del heredero fuera o no primogénito para arreglar la sucesión intestada.-

Así en el antiguo Derecho Francés se distinguían, entre otras muchas diferencias que de los bienes se hacían, los bienes propios y los bienes adquiridos. Eran bienes propios, los que habían llegado a la persona por herencia de sus ascendientes y eran bienes adquiridos, los que habían entrado en su patrimonio por obra de su trabajo o a título de compraventa. Pues bien, si moría el dueño de ellos, sin dejar descendencia legítima, los bienes muebles de toda clase y los inmuebles adquiridos pasaban a los herederos que la ley llamaba de modo normal mientras que los propios volvían al heredero o herederos del ascendiente de quien los había adquirido el causante, es decir, se reintegraban a la línea, sea paterna o materna, de donde procedían, siendo la regla que indicaba como.....

debía procederse, aquella conocida que expresa PATERNA-PATERNIS, MATERNA-MATERNIS, "que indicaba que para hallar al heredero de los bienes que el de Cujus había recibido del lado paterno o materno había que subir hasta el ascendiente que los había adquirido, el tronco común, o simplemente buscar en la línea ascendente el pariente paterno o materno -- más próximo al de Cujus".- (CLARO SOLAR, LUIS, obra cit. -- pág. 201). De modo que es esta clase de restitución la que no puede hacerse entre nosotros, pues no se atiende al origen de los bienes para repartirlos intestadamente.

Por otra parte, agrega la Ley que tampoco se atiende al origen para gravarlos con reservas. Esto alude al hecho de que también en el Derecho antiguo cuando una madre que -- había enviudado quería contraer nupcias, debía reservar los bienes habidos en la sucesión de su marido muerto, quien a su vez lo había obtenido de su padre fallecido, para sus hijos del primer matrimonio. Esto es, "Eran todos los que hubiese adquirido el cónyuge difunto por cualquier título lucrativo, ya universal ya singular; y los que hubiese heredado Ab-intestato de alguno de dichos hijos y que éste hubiese a su vez heredado de su padre o madre; y además los tercios de la herencia testamentaria que como heredero forzoso hubiera recibido de alguno de los hijos". (CLARO SOLAR, LUIS, obra cit. pág. 208).- Esta clase de bienes recibieron el nombre de reservables o reservaticios, que perseguían -- que por obra de ulteriores nupcias no fueran los menores nacidos de las primeras a quedar en desamparo, por obra de la intervención del nuevo marido en la administración de los -- bienes en beneficio suyo o de los nuevos vástagos, lo cual, si bien encuentra entre nosotros algún eco en lo que se dispone al Libro Primero al tratarse de las ulteriores nupcias, no se atiende para la reglamentación de la sucesión intestada.

Por último, los privilegios que existieron en la edad media a favor del primogénito o del varón en perjuicio de las hembras no influye para nada en nuestro sistema para

normar la sucesión legítima. Es el grado de parentesco lo único que se toma en cuenta, ya que no podía haber sido de otro modo en una organización política en que es principio básico, de carácter constitucional la igualdad entre los hombres, expresión ésta que es comprensiva del sexo femenino.

"Al no atender al sexo la Ley establece en el hecho, que en cada orden de sucesión todos los herederos del mismo grado suceden en general por iguales partes, sean hombres o mujeres sin preferencia alguna de un sexo sobre el otro sexo". Al no atender a la primogenitura, establece que cualquiera que sea el orden de los nacimientos, todos los herederos, hombres o mujeres del mismo grado tienen derechos iguales cualquiera que sea el orden de sucesión".- (CLARO SOLAN, LUIS, obra cit. pág. 211).

Hay igualdad pues, no solo en lo que hace a los sexos y a los primogénitos con los segundogénitos, sino también en lo que toca a los bienes. Por eso se dice que la sucesión es universal y que en ella hay unidad.

## CAPITULO SEGUNDO

### a) DE LA REPRESENTACION.

En el artículo 984 C. se define la representación diciendo que "Es una ficción legal", es decir algo que no es real o verdadero, sino que finge la Ley que lo sea, seguramente porque "se supone" que una persona ocupa o tiene el lugar de otra que le premurió o que fue incapaz, indigna o repudio la herencia de que se trata.

En realidad esa persona no tiene el lugar que dejó la otra, ni aún imaginando que se trata de un sitio ideal, porque la Ley lo supone solo para el efecto de sacar como consecuencia importante, que, por tenerlo, igualmente tiene el grado de parentesco que tendría dicha persona, que puede ser su padre o madre, si éste o ésta no quisiese o no pudiese -

suceder. Como muy bien sostiene el ilustre tratadista don - LUIS CLARO SOLAR: "La realidad es otra porque dicha persona tiene otro grado y ocupa por lo mismo, el lugar que no le da tales Derechos; pero la Ley supone, finge que ocupa el lugar de su padre o madre, le da el grado de éste o ésta y lo hace gozar de los Derechos hereditarios que éste o ésta tendría. (CLARO SOLAR, LUIS, obra citada pág. 241).

En tal sentido quizá habría sido suficiente que la Ley dijera que se supone que dicha persona tiene el grado de parentesco que tenía su respectivo ascendiente, que es, lo que, a nuestro juicio, dá el derecho herencial al representante, puesto que si esa suposición no se hace, su nieto por ejemplo, cuyo padre legítimo hubiese faltado, no hubiera podido ser heredero conforme las reglas del derecho común, dado que habiendo hijos u otras personas de las que menciona la Ley en el Art. 988, como preferentes, él únicamente habría entrado en la sucesión a falta de ellas. Pero si se finge el parentesco de primer grado que tenía su padre respecto al causante, atribuyéndoselo a él, que está propiamente en el segundo grado, entonces ya puede invocar derecho en la sucesión.

Pero, preguntamos, a qué viene esta Institución de la representación con artificios que se apartan, por ser tales, de lo que efectivamente ocurre dentro del parentesco? Es indudable que en circunstancias ordinarias la Ley debe siempre procurar acomodarse a lo que pregona la realidad social.- Más, si con esta Institución se ha apartado de ella y ha fingido cosas que positivamente no son, de seguro alguna necesidad muy imperiosa o algún atisvo de injusticia lo ha inducido a ello.

¿Que habría ocurrido al hijo legítimo cuyo padre había muerto antes que el causante de quién hubiera sido heredero? pues que de haber cónyuge sobreviviente, u otros parientes de primer grado, éstos hubieran sido los herederos y él habría sido excluído de la sucesión.

¿Es esto justo? sí, dirá cualquiera, pues él no tiene de que quejarse, dado que su grado de parentesco con el causante era más lejano.- Pero, seguimos preguntando, ¿qué hubiera acontecido si su padre no hubiera fallecido antes que el causante? pues, que, sin duda, habría sido heredero de éste y que, consecuentemente su hijo, éste que ahora no tiene derecho a los bienes del causante, vendría a su vez a disfrutar, por herencia o en cualquier otra forma, de esos bienes sucesorales.- O sea que es éste el orden natural de las cosas, y que por solo el hecho de haber sobrevenido el incidente, lo excepcional, de la muerte del padre, aquél hijo no tuvo derecho en la herencia.- ¿Qué hacer para corregir la injusticia?. El único medio es el de estatuir que el hijo tenga derecho en la sucesión y para no trasgredir lo que la misma ley dispone sobre que los demás cercano parentesco excluirán a los demás lejano, suponer que ese descendiente ocupa el lugar de su padre o madre y que, de consiguiente, tiene el mismo parentesco que él o ella, con la persona del difunto.- Es decir, que se hace uso de la ficción pero solo excepcionalmente, con el fin de allanar una injusticia que, de otro modo, no tendría remedio.

Más todavía: sería, según Demolombe, (citado por don LUIS CLARO SOLAR, ob. cit. pág. 235) inhumano e ininteligente: inhumano, porque había sido de una dureza extrema decidir que la muerte prematura de un padre de familia privara irreparablemente a sus hijos de una sucesión que él debía recibir según el curso ordinario de la naturaleza para transmitirla en seguida a sus hijos, ininteligente, porque tal aplicación de la regla habría sido contraria al fin esencial porque ella misma se propone, ya que si el legislador ha querido que las sucesiones fueren deferidas según la proximidad de grado, es para conformarse al voto de la naturaleza y a las afecciones ordinarias del corazón del hombre, cuyo amor y solicitud por los hijos de un hijo que ha sentido el dolor de perder, se avivan e intensifican con su muerte. De este modo los mismos motivos en que se funda la re-

gla de la proximidad de grado exigían una excepción que no privara a la familia del hijo premuerto de la parte que a éste habría correspondido en la herencia de sus padres; y se ha imaginado la REPRESENTACION que da al nieto el derecho de tomar en la herencia de su abuelo el derecho que habría correspondido a su padre en concurrencia con sus hermanos. La representación viene a ser así "la imagen presente de la persona ausente" *obsentis alicujus praesens imalgo*.

Pero esa injusticia no podría darse si el caso se planteará en sentido inverso, esto es, si fuera un ascendiente el que se viera privado de una herencia por hecho de morir aquél de quién le podría llegar antes que ese ascendiente, y, desde luego, que la persona del causante.

En efecto, supongamos que muere un hijo legítimo y que su padre a esa fecha ya haya muerto, dejando el hijo al morir también hijos y a su abuelo legítimo por la línea paterna.- Si la representación pudiera invocarse en este caso el abuelo del causante debería ocupar el lugar de su hijo premuerto, padre del de cujus, y por consiguiente el parentesco de primer grado que le correspondía con éste.- Pero como en este evento no puede hablarse de una injusticia, porque no es lo natural y corriente que los padres sucedan a los hijos, por causa de muerte, la representación no cubre la situación del abuelo y, en el ejemplo propuesto, no tendría él, derecho a la herencia, debiendo heredar los hijos legítimos, es decir los parientes del primer grado.- Obsérvese que a diferencia de lo que sucede con el derecho de transmisión en el de representación no es dable hablar de legatarios, sencillamente porque los legados solo caben en la sucesión testamentaria, y este derecho de representación es propio de la intestada.- Por excepción encontramos el Art. 1046 que ordena que lo que se deja indeterminadamente a los parientes, se entenderá dejado a los consanguíneos de grado más próximo que no hubiesen sido instituidos herederos o legatarios en el mismo testamento, observándose el orden de la sucesión intestada, y teniendo lugar el derecho

de representación en conformidad a las reglas legales. Más a nuestro juicio, es ésta una confirmación a la regla, puesto que la Ley misma interpreta la voluntad del disponente, quién no señaló a personas ciertas y determinada conforme lo ordena el Art. 1039, en el sentido de que sean herederos en primer lugar, sus más cercanos parientes y que solo a falta de ellos entren respectivamente, los de ulteriores parentescos. "Es cierto que en este caso existe testamento y opera la representación, pero ello no es sino una consecuencia de la aplicación de las reglas de la sucesión intestada que hace el legislador para interpretar la voluntad del testador - manifestada en forma indeterminada. El solo hecho de que la Ley haya tenido expresamente que decir que se aplicaba el Derecho de representación revela lo afirmado: la representación no cabe en la sucesión testada. (MANUEL SOMARRIBA URRAGA DERECHO SUCESORIO, Editorial Nascimento S.A., página 113).

Es pues, ni más ni menos, que una sucesión intestada y por eso se acomoda la representación, como no podía menos

REPRESENTACION DE REPRESENTACION

Y se puede representar, de acuerdo con el inciso segundo del Art. 984, a un padre o madre que, si hubiese querido o podido suceder, habría sucedido por derecho de representación. O sea que se da la representación de representación, solo que ello sucede ad infinitum en la línea directa descendente pues en la línea colateral únicamente desde los nietos legítimos. ¿Cuál es un ejemplo de representación en la línea directa que encaje en lo que dice ese inciso?. Su ponemos que el causante tiene hijo, nieto, bisnieto y tataranieto, a quienes designamos con las letras a) b) c) y d); suponemos igualmente que a la muerte de dicho causante ha fallecido ya, su hijo a), que entonces b) que podía representarlo, repudia la herencia y que c), que a su vez podía ser heredero por representación de su padre b), es incapaz por lo cual d), tataranieto del causante, lo representa y por tanto viene en última instancia a colocarse en el lugar



de su bisabuelo a).— O sea que habiendo estado él realmente en el cuarto grado de consanguinidad legítima con el de cujus, viene a quedar, por ficción, en el primer grado de parentesco, por obra del derecho de representación.

### SUCESION POR ESTIRPES

Ahora bien: los que heredan por representación heredan por estirpes, es decir, que cualquiera que sea el número de los hijos que representan al padre o madre, toman entre todos y por partes iguales la porción que hubiera cabido al padre o madre representado. Esto quiere decir que lo que toca al tronco de familia directamente en una sucesión, lo que se reparte entre los descendientes que representan a ese tronco, pues si no se hubiese dicho se habría entendido que los representantes entrarían a dividirse la herencia por partes iguales con los demás herederos directos, como por ejemplo, si habiendo sido tres hijos y uno de ellos fuera representado por dos hijos suyos, se viniera a dividir la herencia de su padre y abuelo, respectivamente, en cuatro partes éste es, dos para los hijos del de cujus y dos para los hijos del hijo que no pudo o no quiso suceder. Como la Ley dispone que se haga por estirpes, es decir, por el linaje o hijos del representado, quienes deben dividir el tercio de su padre en dos partes, resultará que los dos herederos directos siempre tendrán su tercio cada uno y los dos nietos solo recibirán un sexto cada uno.

Al contrario, los que no suceden por representación o en otras palabras, los herederos directos, suceden por cabezas, esto es, toman entre todos y por partes iguales la porción a que la Ley los llaman salvo excepciones. Art. 985, 991 la Ley habla de que "en todos casos" se hereda por estirpes.— ¿Qué indica con esa expresión? Con ella establece que ya se trate de la representación colateral o de la directa, ora que el representante sea pariente del segundotercer o cualquier otro grado con el causante, ya se trate de uno o dos o de más que representen a quien no pudo o no

quiso suceder, la división debe hacerse en esas o en cualquiera otra hipótesis, por estirpes. ]

De la misma manera el Art. 986 dice que hay "siempre" lugar a la representación en la descendencia legítima del difunto, en la descendencia legítima de sus hijos naturales, y en la descendencia legítima de los hijos ilegítimos respecto de la sucesión de la madre.- Esa expresión "siempre", indica también que en todas las formas posibles respecto a grado y número de representantes, lo mismo que si concurren con herederos directos o con representantes de diferente grado, en todas las situaciones tiene lugar la representación y no se va a recurrir a hacer la división del patrimonio hereditario conforme el número de cabezas que sean llamados.

Este artículo 986 da una idea clara de que los representantes son siempre descendientes legítimos, en tanto que los representados pueden serlo, tratándose de la línea directa, no solo parientes legítimos sino que ilegítimos y naturales.- De donde se colige que la descendencia ilegítima o natural no puede jamás entrar a representar a sus ascendientes, por más que éstos sean legítimos; y que los hijos naturales solo tienen cabida en la sucesión intestada cuando son llamados en primero o segundo grado, según los casos, pero nunca en la sucesión de sus abuelos. En cambio, se deduce de los mismos, que los nietos ilegítimos por parte de madre pueden ser llamados en la línea directa con los herederos de segundo grado; lo uno de lo otro se deduce relacionando la disposición que comentamos con la que dispone el ordinal segundo del Art. 988 y el 990. Pero los nietos ilegítimos por parte de padre, mejor dicho los bisnietos (pues si fueran nietos se llamarían naturales respecto de causante y representado) lo mismo que los naturales nunca pueden ser representantes.

En la línea colateral la limitación es mayor, puesto que solamente tiene lugar la representación en favor de los

hijos y nietos legítimos de los hermanos legítimos o ilegítimos uterinos del difunto.- Es mayor la limitación porque si en la línea directa opera la representación ad infinitum, en ésta solo alcanza hasta el segundo grado respecto al representado, o sea hasta los sobrinos-nietos del difunto.

Por lo demás se puede hacer los mismos comentarios que se hicieron anteriormente en lo que toca a que los representantes han de ser siempre legítimos.- Y que los representados pueden serlo legítimos o ilegítimos no se comprenden en los alcances de esta institución, sin embargo, podrían ser herederos si no los hubiese legítimos y tampoco hubiesen parientes de los que se determinan en los números del primero al tercero inclusive, del Art. 988, pues en el ordinal cuarto de este último precepto si están tomados en cuenta.- En cambio los sobrinos naturales están excluidos totalmente de la sucesión de sus tíos.

Por último, la norma legal que comentamos expresa que "aunque no concurren con sus tíos" hay lugar a la representación en favor de los colaterales que señala. ¿Qué ha pretendido decir con esa su oración final? Ha querido fijar con ella los alcances de la representación en nuestro Derecho.- En efecto, ni en el Derecho Romano ni en el legislación española antigua, se había puesto en claro de un modo concluyente, la cuestión de si cuando solo concurrían sobrinos por derecho de representación debía partirse la herencia por estirpes o si debían hacerlo por cabezas. Se aceptaba, y había cierta unidad en el Derecho Antigo Español, que cuando al causante le sobrevivían hermanos y a la vez sobrinos de hermanos muertos con anterioridad, la herencia se debía repartir por cabezas en cuanto a los hermanos y por estirpes respecto a los sobrinos. Pero cuando solo concurrían sobrinos, como ellos, se llegó a decir, están en el mismo grado de parentesco, lo natural es que sucedan por cabezas.- El Código Francés, sin embargo, estimó lo correcto que en todo caso debieran los sobrinos recibir por estirpes y nuestro legislador que no pudo menos de estimar lo lógico

y correcto que, desde el momento que había sido aceptada la representación no se hicieran diferencias motivadas por circunstancias que de ninguna manera podían influir en los fundamentos de la institución, se pronunció en el mismo sentido y por eso dijo de modo claro que aunque no concurren esos tios hay lugar a la representación y por tanto a la división por estirpes.

El artículo 987 estatuye que se puede representar al ascendiente cuya herencia se ha repudiado, cosa que, teniendo en cuenta los fundamentos de la institución, era innecesario decirlo, puesto que el representante suca su derecho de la Ley y no del representado, pero que la Ley quiso dejar en limpio para evitar todo equívoco, ya que acaso hubiera podido alegarse que la representación no cabía en el caso de haber el representante renunciado a la herencia de quien no pudo aceptar o repudiar por haber fallecido antes de abrirse la sucesión de que se trata, y porque en el derecho de transmisión el transmisario no puede hacer uso del derecho, renunciando a la sucesión del transmitente, de quien él, por el contrario lo recibe.

#### REPRESENTACION DEL INCAPAZ, DEL INDIGNO Y DEL DESHEREDADO.

Finalmente indica esta disposición que se puede representar al incapaz, al indigno, al desheredado, y al que repudió la herencia del difunto, con lo cual amplió los alcances de la representación que, en sus orígenes, solamente se daba cuando el que hubiera sido llamado abintestato por la Ley, moría antes que el causante, y precisamente a este propósito han objetado algunos que quién está vivo no ha ocupado el lugar que se supone ocupa su descendiente; pero viéndolo bien, el hecho de que una persona sea incapaz implica que la Ley no le dejere la herencia, sencillamente porque, según hemos explicado, ella nunca puede ser heredero sino que será siempre como un extraño a la sucesión. Y si se le ha vencido en juicio declarándosele indigno o heredo

renunciado a la herencia, es como si nunca hubiera sido heredera y, de consiguiente, como si jamás hubiera ocupado el lugar que viene a ocupar el representante, por lo menos desde el punto de vista jurídico.- Es decir, que la ocupación de que se habla en la representación no es de carácter física, o sea como un hecho por el cual se fija o asienta la nueva persona en el lugar que ha dejado otra, sino como vacancia jurídica en que por ficción tiene el nuevo heredero su sitio y por consiguiente el parentesco del primero con el de Cujus, "Al respecto don LUIS CLARO SOLAR, manifiesta: "No siendo necesario que el representante herede al representado para figurar como heredero del de cujus, no tiene jurídicamente importancia que se haya hecho indigno de heredar al representado, pues el hecho que produce la indignidad para heredar al representado puede no produciendo para representarlo en la herencia de otro" (pág. 256 ob. cite.).

Actualmente la institución del desheredamiento no aparece en nuestro Código, por haberse suprimido mediante la reforma 1902. (SUAREZ, BELARMINO; "El Código Civil del año 1860 y sus modificaciones hasta el año de 1911 Tomo II, págs. 230 y siguientes). ¿Cómo operaba ese desheredamiento? Existían antes los llamados herederos forzosos a quienes necesariamente había que dejarles la cuantía de bienes que la ley determinaba.- Entre ellos estaban los legitimarios, esto es, los hijos legítimos que excluían a los demás herederos, sin perjuicio de la porción conyugal que correspondía al cónyuge sobreviviente.- En el capítulo respectivo se determinaban las causas legales, sin embargo, por las cuales podían ser desheredados, causales que implicaban motivos de indignidad y que, por lo general eran iguales a las que contiene el Art. 969 y conserva el 1141, como causas de privación de las asignaciones alimenticias.- De modo que haciendo uso de esas causales en la forma y modo que indicaba tal Capítulo, el heredero forzoso era desheredado y entonces podía ser representado por sus descendientes, pues esa porción suya, sino procedía al acrecimiento, quedaba sin -

que hubiera el testador dispuesto de ella, o bien podía acontecer que otorgara testamento *ex testamento* con el propósito solo de hacer el desheredamiento, quedando así la herencia intestada si no había más herederos forzosos. De todos modos, esta institución desapareció de la ley y por eso hay acuerdo sobre que la alusión que hace este artículo es una supervivencia acaso no vista por el legislador.

Sin embargo, cuando se medita sobre lo acucioso que fue el legislador de 1902 y se observa que también en el Art. 255 No. 3o. se habla de "desheredado", precisamente para indicar que en ese caso también se está en presencia del *peculio adventicio extraordinario*, no puede menos de dudarse de si ha sido un simple descuido la existencia de esas referencias. - Por eso a nosotros se nos ha ocurrido preguntarnos si no se referirá el legislador a las asignaciones alimenticias forzosas, en que él haya concebido el derecho de representación. Por ejemplo, fallece una persona dejando a un hijo que al momento de su muerte estaba en las condiciones jurídicas propicias a ser alimentado. Pero ese hijo, por alguna razón legal de las que contempla el Art. 1141, es privado de modo expreso de los alimentos que por Ley le correspondían, y él, a su vez, tiene otro hijo legítimo suyo que puede o no estar en situación de reclamar alimentos a la sucesión del abuelo. Nos preguntamos; ¿No podría éste hacer uso del derecho de representación y optar a los alimentos de que fue privado su padre? y no será éste el caso que contempla la disposición que se halla en el título de la Patria Potestad, y precisamente, el que de los bienes que por tal concepto de alimentos le lleguen al hijo, no puede tener el padre el usufructo, siendo entonces un *peculio adventicio extraordinario*? a nosotros nos parece que ello ha podido ser el motivo de lo que se ha venido considerando como una supervivencia o un rezago de antiguas disposiciones. - Y nos afirma más en ese criterio el hecho de que las causales actuales sobre privación de alimentos, son iguales a las que permitían desheredar al hijo; en que los

alimentos son verdaderas asignaciones hechas por la ley de modo forzoso y en que suponiendo que el nieto no tuviera necesidad de alimentos o que no estaba en situación de pedirlos a la muerte del de cujus, bien podría hacer uso del derecho de representación en que no se atiende a la situación económica del representante, sino a que se halle en el caso que el Art. 987 indica en su inciso segundo.- Quede pues, lo agregado lo dicho, como un criterio personal nuestro.

Adviértase que es una consecuencia de que el derecho de representación no derive del representado ni del causante sino de la Ley, el que la indignidad no se transmita al representante conforme lo dice el Art. 978; y que si hay motivo de indignidad o de incapacidad de éste para con el de cujus, entonces si puede deducirse para excluirlo de la sucesión.

Por la reforma del año de 1902 se suprimió la palabra "espurios" del inciso primero y se puso en su lugar la de "ilegítimos" respecto de la sucesión de la madre; siendo ello consecuencia de que aquella clase de hijos no la reconoce nuestra legislación como ocurría antes. (SUAREZ, BELLAIR: ob. cita pág. 146).

El inciso último fue suprimido por los motivos que la Comisión indicó y que diremos enseguida, habiendo sido cambiado totalmente el inciso segundo en la forma que ahora se halla, y que antes expresaba: Lo hay también hasta el tercer grado inclusive, en la descendencia legítima de los hermanos legítimos y en la descendencia legítima de los hermanos ilegítimos uterinos, aunque no concurren con sus tíos. Y la razón que se dió por la Comisión es que el inciso 2o. de este Art. ha sido objeto en la práctica de interpretaciones diferentes, para saber desde quien deben contarse los grados, y si las palabras "hay lugar a la representación", quiere decir que se puede representar a otro o ser representado.- La redacción propuesta, análoga a la de varios Códigos modernos, salva las dificultades anotadas.- Aceptada la reforma, el inc. 3o. del Art. es innecesario y -

debe suprimirse (SUAREZ, BELARMINO, ob. cit. pág. 146), podría no obstante, objetar, que conforme el Art. 352 el derecho de pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte y que, de consiguiente, no podría darse la representación que es un modo de sucesión intestada. Pero, recuérdase que el representante obtiene su derecho, por llamamiento de la Ley, directamente del causante y no de la persona a quien represente, y que, consiguientemente no se le está transmitiendo por causa de muerte del que no pudo hacer lo suyo por haber sido desheredado conforme el Art. 1141, sino que lo adquiere como alimentario, en forma indirecta, porque quedó sin efecto el llamamiento que la Ley le hizo al alimentario original.- De donde se deduce, que el representante, puede llegar a acumular dos derechos o porciones alimenticias forzosas la que de manera personalísima, como crédito originalmente suyo le dá el Art. 338 y el que le pueda tocar como representante de su ascendiente, caso de ser éste desheredado, y que se funda en el simple parentesco, es decir, sea él necesitado o nó de los alimentos.

b) DE LA SEMEJANZA Y ALGUNAS DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO DE TRANSMISION Y EL DE REPRESENTACION.-

El título II del Libro III, dice: que se sucede abintestato, ya por derecho personal, ya por derecho de representación, Art. 984 y define ahí mismo la representación 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 no quisiese o no pudiese suceder.- Agrega la disposición que se puede representar a un padre o madre que si hubiese querido o podido suceder, habría sucedido por derecho de representación.

Es ejemplo de representación en la línea directa, siguiente: Juan deja al fallecer, sin haber dispuesto de sus bienes por testamento, a su hijo legítimo Pedro y a sus dos nietos José y Antonio, hijos legítimos de su otro hijo



legítimo Francisco, que había muerto antes del causante Juan. Pues bien: los nietos legítimos de Juan son herederos intestados con derecho a la mitad en la herencia de éste, y la otra mitad le corresponde a su hijo Pedro, habiendo heredado tales nietos por derecho de representación, porque por ficción la Ley entiende que ellos ocupan el puesto que le correspondía a su padre Francisco en la sucesión de Juan, y que, por consiguiente, como que tuvieran los nietos el mismo parentesco de primer grado que tenía su padre con el causante.

Sería ejemplo de representación en la línea colateral, el que sigue: Juan es hermano legítimo de Pedro, y éste fallece antes del primero, dejando dos hijos legítimos suyos, que, desde luego, son sobrinos de Juan, pues bien: al fallecer Juan, sin tener hijos, ni padres, ni cónyuge, su heredero de vivir, sería su hermano premuerto, pero por ficción, los hijos que éste dejó vienen a ocupar su lugar, y por tanto, el grado de parentesco que tenía su padre con el causante, este es, segundo grado de consanguinidad, siendo que, en la realidad, ellos están en el tercer grado de parentesco consanguíneo con el referido causante.

Como se ve de los ejemplos anteriores, ocurre en el derecho de representación, que la persona o personas que debieron suceder en los bienes del de cujus, no pudieron o no quisieron y por eso otros, que son las que las representan, llegan, en cambio, a ser herederos, es decir, que, como sucede en el derecho de transmisión, son distintas las personas que gozan de la herencia, de un modo que dijéramos indirecto y en ello, se parecen las dos instituciones. "El único punto en que ambos derechos coinciden es que es llamada a gozar de ellos una persona a quien directamente no correspondía la delación de la herencia, pero este detalle, simplemente aparente, no afecta a la naturaleza de estos derechos que son esencialmente diferentes entre sí". (CLARO SOLAR, - LUIS, obs. cit. pág. 236). Pero es indudable que son muy distintas. "El Derecho de representación que da a una perso- Dch.  
Representación

na un grado que no tiene para excluir a otra de la herencia o suceder conjuntamente con otra de grado más próximo que el suyo, como si fuera del mismo grado, no debe, por lo tanto, confundirse con el derecho de transmisión. Por la TRANSMISIÓN los derechos que una persona que fallece tenía en una herencia abierta a su favor y que no ha declarado aceptar o repudiar, pasan a sus herederos; y ellos los ejercitan por que <sup>la representación es la herencia de sus sucesores.</sup> la representación los descendientes de una persona vienen a tomar en una sucesión los derechos que ella no ha querido o no ha podido tomar. Por la transmisión se adquieren los derechos a una herencia que correspondían a la persona que fallece después de su apertura; por la representación derechos a una herencia que una persona ha repudiado o que no ha podido aceptar por su fallecimiento anterior a la apertura o por otra causa que le impide aceptar". (CLARO SOLAR, LEYES ob. cita. pág. 236). Veamos a continuación algunas diferencias:

#### PRIMERA DIFERENCIA

El derecho de transmisión se dá tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada. El derecho de representación solo se dá en la sucesión intestada.- Afirmamos lo uno y lo otro, fundándonos en que el primero está regulado en el Título I del Libro que estudiamos, como se sabe, en el que tiene las definiciones y reglas generales, aplicables a las dos formas de sucesión; y en que el de representación se halla en el título relativo a las reglas de la sucesión intestada, aparte de que, el Art. señalado atrás, al referirse a las dos maneras conforme a las que se puede suceder intestadamente, expresa que son la personal y la por representación.

Aunque se cita como una excepción el caso de lo que se asigna indeterminadamente a los parientes (Art. 1046), vimos en su oportunidad que ello no es, en realidad, sino una confirmación de la regla.

#### SEGUNDA DIFERENCIA

La transmisión opera de ascendientes o descendientes.

y al revés, es decir, de descendientes a ascendientes. Así no habría ningún inconveniente en que una abuela recibiera por transmisión la herencia de un nieto que no alcanzó a aceptar o repudiar la madre de éste. Por el contrario, en el derecho de representación, inspirado en lo que ocurre de ordinario dentro del acontecer natural, no puede darse esta institución de descendientes a ascendientes, como sí, por ejemplo, falleciera un nieto intestadamente y la abuela quisiera ocupar el lugar de la madre de aquél, ya premuerta y sucederle haciendo uso de este derecho. No, ello no lo permite la Ley en atención a que con el derecho de representación se desea remediar la injusticia que resultaría de que los nietos y demás descendientes, pongamos, por caso, solo por el accidente de haberles premuerto su ascendiente, no pudieran llegar a gozar de una herencia, que, de otro modo alguna vez tendría que llegarle al través del que falleció, como es lo normal que suceda.

### TERCERA DIFERENCIA

En la transmisión el derecho de herencia los viene a los transmisarios, del transmitente, cuya delación sigue operando respecto a sus herederos directos, es decir, no se duca o se extingue por el fallecimiento quien no aceptó o repudió.

Quienes reciben por representación no derivan su derecho del representado, quién si premurió al causante, si fue declarado indigno, es incapaz o repudió la herencia a que se le llamó, nunca tuvo derecho alguno en la sucesión la delación que se le hizo terminó desde que no pudo o no quiso aceptar, y los que lo representan ocupan su puesto, con el grado de parentesco suyo, mediante nuevo llamamiento que se les hace de modo directo e inmediato.

Consecuencia de lo primero es que a los transmisarios pase la herencia con el vicio de indignidad de su antecesor (Art. 978), mientras que a los representantes el vicio del representado no les pasa en la herencia, ya que,

además, si les pasara no podría darse nunca la representación, puesto que podría entonces deducirse contra ellos el mismo vicio de su antecesor.

Obsérvese que el transmitido debe ser respecto del transmisor digno y capaz, y que el representante debe serlo no con respecto al representado, sino con respecto al causante.

Tómese en cuenta también que el que recibe por transmisión debe aceptar la herencia del transmitente, y que el representante no acepta para hacer uso de su derecho, la herencia del representado, cuya sucesión hasta puede haberla repudiado, sin que ello influya en el ejercicio del derecho de que hablamos.

#### CUARTA DIFERENCIA

Se puede recibir por transmisión tanto herencias como legados, en tanto que por representación solamente se puede obtener herencias, sencillamente porque los legados no se dan en la sucesión legítima.

#### QUINTA DIFERENCIA

Necesariamente en la transmisión el transmitente debe haber sobrevivido al de Cujus, precisamente porque sólo así obtiene el derecho de aceptar o repudiar; por el contrario, cuando se produce la representación, no por incapacidad, indignidad o repudiación, sino por haber premuerto el representado, la condición de existir no se dá, sin embargo el derecho opera.

### CAPITULO TERCERO

#### a) DE LAS INCAPACIDADES

#### b) DE LAS INDIGNIDADES

Como para suceder a una persona se necesita ser capaz y digno, he creído necesario hacer un breve estudio de las incapacidades y de las indignidades, para que así quede más completo el comentario sobre la sucesión intestada.

#### GENERALIDADES

De modo general hay ineptitud en la calidad de la persona para poder ser herederos o legatario, cuando se produce una incapacidad o una indignidad en ella respecto a la persona de cuya sucesión se trata.- Pero específicamente la incapacidad es inhabilidad para poder suceder, mientras que la indignidad es falta de mérito para ser heredero de alguien.- Toda persona en general, puede suceder: solo son inhabiles para suceder aquéllas personas que la ley declara incapaces o indignas.- (CLARO SOLAR, LUIS, ob. cit. pág. 61.).

De modo que para saber quién puede ser heredero es preciso saber cuales son las personas que no pueden serlo, pues fuera de éstos, cualquiera otra puede ser heredero. Hay dos clases de personas que no pueden ser herederos: los que son de ello incapaces; y los que se han hecho indignos de serlo".-(DONAT, LES LOIS CIVILES, lib. 1, Sec. 2 Oeuvres, 2 pág. 314, edic. ROMY 1829).

Se ha sostenido que las incapacidades, por regla general, son absolutas, es decir, que valen para todo caso de sucesiones; pero entre nosotros eso no es verdad, sino solo a medias, pues si bien tratándose de la primera de las incapacidades que regla nuestro Código la de no existir, que se desprende del Art. 963, es valedera en todo caso, como lo es la de no ser persona jurídica, conforme el Art. 964, no es lo mismo tratándose de los casos que contemplan los Arts. 965 y siguiente.- De modo que lo de lo absoluto es entre

nosotros bien relativo en cuanto a esta materia. Sin embargo como originariamente ese ha sido el criterio, valga con la limitación que se ha indicado, tanto más cuanto que respecto a las indignidades lo relativo o circunscrito a un solo caso de herencia, es verdadero y no contiene excepción.

Debe tenerse siempre presente que la incapacidad es de orden público y que por tanto, no ha sido creada en atención al causante, sino teniendo en cuenta el interés general por la cual no puede renunciarse y como dice Claro Soler, el incapaz no puede recibir ni adquirir.- (CLARO SOLER, ob. cit. pág. 61). En cambio la indignidad ve el interés del causante, puede renunciarse (Art. 974) y el heredero o legatario que adolece de ella, puede perfectamente tenerse por tal mientras no se pruebe lo contrario.- Art. 975. La una no es necesario que sea declarada judicialmente, por obrar ipso jure, es decir, de pleno derecho, como se desprende del Art. 968, la otra, o sea la indignidad, si es necesario que el Juez la declare. Art. 975.- Además si fallece el incapaz, nada transmite, desde que la ley no lo ha llamado a la herencia o legado, o sea que para él no ha habido declaración, en tanto que para el indigno sí.- Por último, si en vida el incapaz nada adquiere el que contrata con él, presuntamente debe considerarse como un extraño a la sucesión, cabe decir, como una persona que no puede justificar derecho a la herencia de que, acaso, ha tomado posesión material pero indebidamente. Por el contrario, la acción de indignidad no pesa contra terceros de buena fé. Art. 977, es decir, contra los que han contratado con el indigno sin saber que éste adolecía de ese vicio, pues los que dolosamente han procedido, sí están expuestos a la acción de nulidad.

Agréguese que el incapaz no adquiere la herencia o legado mientras no prescriban las acciones que contra él pueden intentarse (Art. 568) y aún así, es de entenderse, que entonces no adquiere a título de heredero el dominio de la cosa, lo adquiere sin título alguno por el modo de adquirir.

llamado prescripción. "Los incapaces no podrán, por lo tanto oponerse eficazmente a la demanda sino en el caso de haber prescrito las acciones que sobre ellos pudieran intentarse. Siendo incapaces aunque se les hubiera la posesión efectiva de la herencia, no pueden adquirirla por prescripción ordinaria. Es esto lo que quiso decir la ley al consignar una disposición que, con otro sentido, sería inútil. El incapaz es poseedor irregular y no puede ser considerado como heredero putativo, a quién el decreto que le ha dado la posesión efectiva de la herencia, puede servir de justo título y hacerlo poseedor regular que pudiera oponer a la demanda la prescripción adquisitiva ordinaria: él no tiene defensa alguna contra el demandante, si la acción de éste no está prescrita". (CLARO SOLAR, LUIS, ob. cit. pág. 109). Arts. 2249, 2250. El indigno, al contrario, si toma posesión legalmente de la herencia y si esa posesión se mantiene por espacio de diez años, su derecho como tal se purga, limpia o acrisola de todo vicio y pasa a ser un heredero como cualquier otro en quién no haya concurrido nunca vicio alguno.- Pero enténdase bien esto, aquí no se trata de una prescripción sino de purgarse el vicio, como reza la ley.- Art. 976.

Por otra parte, de acuerdo con lo que dispone el Art. 962, será capaz y digna de suceder toda persona a que la ley no haya declarado incapaz o indigna. O sea, que la capacidad y dignidad están amparadas por el derecho común, y la regla; mientras que la incapacidad e indignidad son de derecho estricto, forman la excepción y por eso debe el intérprete atenerse a lo que se enumera, pues el derecho de excepción, como se sabe, no admite interpretación por semejanza a pari.- Pasa en esto lo que ocurre también respecto a la capacidad para contraer matrimonio (Art. 101) y de la capacidad de la persona para poder obligarse a otra por un acto de declaración de voluntad (Art. 1317), en que para averiguar si una persona está dentro de la regla es preciso examinar si no está en las excepciones.

Pasaremos ahora a estudiar, primero, las incapacidades, las que están regladas excepto una, en el Título I y son cuatro: Arts. 963 al 966 inclusive. Pero, además, encontramos otra en el Art. 1044.

Las indignidades están en los Arts. desde el 969 -- hasta el 973, del mismo Título, siendo nueve. Pero debemos agregar otras que están dispersas en el Código, o sean las que se encuentran en los Arts. 179, 295, 992 y 1206.

#### a) DE LAS INCAPACIDADES

La de no existir al momento de abrirse la sucesión.  
La primera y acaso la más importante de ellas es que, la de modo sobre entendido, señala el Art. 963, al preceptuar que para ser capaz de suceder es necesario existir al tiempo de abrirse la sucesión, es decir, que se requiere ser persona, porque quién no es tal no puede ser titular de derechos y obligaciones; Arts. 72 y 77.- Nace esta incapacidad de la nada, como indica POTHIER (TRAITE de sucesiones, cap. I., Secc. 2, Art. I citado por CLARO SOLAR, ob. cit. pág. 62). Porque no existiendo el posible titular del derecho de herencia, es inadecuado atribuirle una incapacidad.- Quizá habría sido mejor que se dijera que es condición o requisito indispensable para ser heredero o legatario, el hecho de la existencia o sea ser persona. Y aún así saldría sobrando el precepto, puesto que ya se dijo antes que la existencia legal principia al nacer y desde este punto de vista se sobrentendería lo que indica la disposición que comentamos.- Sin embargo, se halla la justificación de la regla en que a continuación, dá la ley varias excepciones que la modifican y que, por ello, debió aquella sentarse para patentar los casos en que no opera. La primera de ellas consiste en que cuando se sucede por derecho de transmisión no es necesario existir al momento de abrirse la sucesión del causante cuya herencia no se aceptó o repudió, sino que bastará ser o existir al abrirse la sucesión de la persona por quien se transmite, lo que, es más que un caso de excepción. un



confirmación de la regla.

La segunda excepción se refiere al caso de asignaciones dejadas a personas que al tiempo de abrirse la sucesión no existen, pero que se espera que existan, en cuya ocurrencia no se invalidará la voluntad del disponente, si existen antes de expirar los treinta años subsiguientes a la apertura de la sucesión.- Se trata aquí de una excepción porque, de acuerdo con el inciso primero, estas personas serían incapaces.- Pero ha tenido en cuenta la ley al hijo póstumo que, de otro modo, no habría tenido derecho en la sucesión de su padre solo porque éste le premurió, lo cual sería injusto.- De modo que el hijo que a la muerte del padre tiene existencia natural por estar ya concebido, y que de acuerdo con el Art. 75, se le llamaría a la herencia, si naciese y viviese, es o será capaz de suceder si el nacimiento suyo constituye un principio de existencia, entrará entonces al goce de sus derechos como si hubiese existido al tiempo en que se defierieron. Mientras el nacimiento no ocurra, sus derechos estarán en suspenso y los administrará la madre, o el curador que le haya nombrado por testamento su padre o un curador nombrado por el Juez, o pedimento de cualquiera de las personas que han de suceder en dichos bienes, si no sucede en ellos el póstumo. Arts. 376 y 484. Pero si el póstumo no nace vivo, pasarán los derechos hereditales a otras personas como si la criatura no hubiese jamás existido ni naturalmente.

Ha tenido también en cuenta la ley la voluntad natural del testador, que por ejemplo, asigna al primogénito de una hija algo y que solo porque no existe al momento de abrirse la sucesión no podría adquirir si existiese posteriormente.- En este caso, quiso el legislador darle prioridad a la asignación y creyó que con poner un límite a la existencia del asignatario, o sea el límite temporal de treinta años, dentro del cual debe nacer, al par que se respetaba la voluntad del testador, se favorecería, sin...

juicio de nadie, al futuro asignatario.

Y con el fin de favorecer las disposiciones testamentarias de interés general, dispuso el legislador que valdrían con la misma limitación de los treinta años, las asignaciones ofrecidas en premio a los que presten un servicio importante, aunque el que lo preste no haya existido al momento de la muerte del testador. Dice, verbigracia, éste; "asigno de los productos de mi finca tal la suma de treinta mil colones a la persona que descubra un medicamento eficaz para el tratamiento del cancer". Puede existir la persona al momento de la apertura de la sucesión y si cumple con la condición de descubrir el medicamento, está dentro de ese último inciso del artículo que estudiamos.

Mas sino existe entonces, lo que constituye la verdadera excepción, pero nace después de la apertura sucesoral y descubre antes que expiren los treinta años que la ley determina, el medicamento para el cancer, ese sujeto será capaz de suceder y, desde luego, de aceptar la asignación. "Esta clase de asignaciones es por su naturaleza condicional y la condición deberá considerarse fallida si tarda más de treinta años en cumplirse". (CLARO SOLAR, LUIS, ob. citada pág. 66).

Ahora queremos hacernos cargo del caso propuesto por algún tratadista, que se pregunta si vale la disposición testamentaria en el evento de que el servicio importante querido por el testador se preste entre la fecha del otorgamiento del testamento y su muerte.- ¿Podría reclamarse por el que entonces prestó el servicio importante, la asignación testamentaria?. Nos pronunciamos por la afirmativa en atención de que lo esencial, lo de fondo en esa asignación, está en la voluntad de premiar al que preste el servicio que el causante ha tenido en mente, estimulando así las obras que benefician a la colectividad.- Que el servicio se preste antes o después del fallecimiento del testador es realmente accidental, la sustancia está en que halle cumpli-

miento la voluntad del disponente, y no puede negarse que en el caso propuesto se ha satisfecho su intención, y, que, por tanto, ha de nacer oportunamente el derecho a la asignación.- Art. 1051.

Puede objetarse, no obstante, que el testamento por definición (Art. 996) produce pleno efecto después de la muerte del otorgante, y que en nuestro caso el hecho a que condicionó la asignación el de cujus se ha dado en vida de él, es decir, cuando no producía efectos el testamento... más, si bien se ve, no se trata de hacer que el testamento produzca efectos antes del deceso del autor hereditario, tanto que el que presta el servicio importante no reclama lo asignado mientras no ocurra la muerte de aquél, sino que vendrá a hacerlo cuando ese acontecimiento se dé, esto es cuando se haya abierto la sucesión y la ley haga el llamamiento a los herederos que están en la situación que el testador dispuso o que la ley prescribe.- Es lo mismo que, si en vez de poner la condición de descubrir un medicamento eficaz para el cancer, hubiera dicho el causante que le dejaba diez mil colones a Antonio con tal que se casara con Juana, en que, si el matrimonio se efectúa antes de su fallecimiento, la condición estará cumplida y podrá Antonio reclamar el dinero después de la apertura sucesoral.- Creemos, además, que en esto debe seguirse el criterio del Art. 1053 en que lo presente, pasado y futuro debe entenderse con relación al momento de testar.

Dice también la disposición que comentamos que si la asignación es condicional es necesario existir al momento del cumplimiento de la condición.- DON LUIS CLARO SOLÍS al respecto dice: "Según esto, si la asignación es dejada bajo condición suspensiva, que requiere el cumplimiento de la condición para su plena eficacia, el asignatario a quien se deja, para ser capaz de recibirla, necesita existir en el momento en que se abre la sucesión del testador y además en el momento de cumplirse la condición" (ob. cit. pág. 6)

Esto se justifica porque es entonces que nace el derecho, ya que se tratará de una condición suspensiva positiva, y antes de acaecer el acontecimiento, no habrá sino una expectativa de derecho. Art. 1060.- Si al cumplirse la condición suspensiva de esta clase no hubiera sujeto a quién referir el llamamiento o delación, estaríamos como en el caso de no existir al abrirse la sucesión.

### SEGUNDA INCAPACIDAD

La consistente en no ser persona jurídica.- Dispone el Art. 964, que son incapaces de toda herencia o legado -- las confradías, gremios, o establecimientos cualesquiera que no sean personas jurídicas.- "Indica claramente esta disposición a contrario sensu, que las personas jurídicas son en general, capaces de recibir herencias o legados puesto que si las indicadas son incapaces de recibir es precisamente por no tener la calidad de personas jurídicas." (CLARO SOLAR, LUIS, ob. cit. pág. 69).

Esto no era necesario que se dijera, dado que siguiendo la doctrina del Art. 52, solamente las personas naturales y las jurídicas pueden ser titulares de derechos y de contraer obligaciones.- Pero como que la finalidad del legislador ha sido darle énfasis a lo que dispone en el inciso 2o., al indicar que si la asignación tuviere por objeto la fundación de una nueva corporación o establecimiento podrá solicitarse la aprobación legal, y obtenida ésta, se daría la asignación, en lo cual lo novedoso está en esto en que, no obstante no existir la persona jurídica al momento de la muerte del testador, será capaz si se obtiene del órgano correspondiente, que lo es el Poder Ejecutivo en el caso del Interior, la personalidad ficticia de la nueva corporación o establecimiento.

¿Qué son gremios, confradías y establecimientos? Los dos primeros vocablos tienen una aceptación que les es común, o sea la de hermandad que forman algunos devotos, con autorización competente, para ejercitarse en obras de

piedad, o la unión de los fieles con sus legítimos pastores, y especialmente con el Pontífice Romano, más esta acepción es más propia del vocablo *cofradía*, reservándose para la palabra *gremio* el significado de corporación formada por maestros, oficiales y aprendices de una misma profesión u oficio, regida por ordenanzas o estatutos especiales.- Claro Solar dice: que se dé el nombre de "cofradías" a las reuniones o asociaciones de personas piadosas que tienen por objeto ayudarse para promover, como hermanos, ciertos intereses espirituales.- Y que *gremio* es la unión de mercaderes, trabajadores, artesanos u otras personas que tienen un mismo ejercicio y están sujetos en él a cierta ordenanza (ob. cit. págs. 69 y 70.). Los establecimientos públicos, tienen fines de beneficencia, son personas jurídicas de derecho privado y se rigen por leyes propias en la administración de los bienes que se les dan para el cumplimiento de su misión.- Se les llama públicos por estar costeados con fondos del erario, pues bien, como lo que se proponen las *cofradías*, *gremios* y establecimientos públicos, es laudable no ha encontrado la ley inconveniente en permitir que reciban asignaciones, sino siendo personas en el momento del fallecimiento del causante, obtienen la personalidad que dará validez a la disposición testamentaria. Debiendo tenerse presente que la nueva corporación o establecimiento es, no una asociación de interés particular, como las sociedades civiles y comerciales que se rigen en el Libro IV de este Código y en el Código de Comercio, respectivamente; ni es una corporación o fundación de derecho público, creada en virtud de la ley, puesto que unas y otras tienen existencia legal y no hay inconveniente alguno en que puedan suceder.- Las corporaciones y establecimientos para cuya fundación se fija la asignación testamentaria, son, sin duda, los de beneficencia o interés público, reglamentados en el Título IV del Libro I del Código, esto es, las que se refieren al Art. 541, en que se manifiesta que deben establecerse a virtud de una ley o de un decreto del Poder Ejecutivo.

tienen que ser éstas porque, respecto a las corporaciones o fundaciones de derecho público (Art. 542) y las sociedades civiles (Art. 1811) y mercantiles (167, 231, 302 y 331, Com. Sup), no puede decirse de parte del testador que se pida su aprobación legal, porque las primeras son tales desde que se da la ley que las crea y las segundas desde el otorgamiento de la respectiva escritura de constitución.- Quiere decir, pues, que es el inciso segundo del artículo comentado el que fija el alcance del primero y de la norma misma.

No creemos, por otra parte, que sean válidos los argumentos dados para estimarse que las corporaciones y fundaciones de beneficencia pública extranjeras deban de obtener previamente la aprobación legal, para que puedan suceder.- Creemos que sin eso pueden hacerlo y que a la palabra "cualesquiera" empleada en el primer inciso del mismo artículo, al pretender extenderla en su significación hasta comprender aquellas, se le da un alcance que seguramente no tuvo en cuenta el legislador.- Para nosotros basta con que estas personas jurídicas hayan sido creadas de conformidad con el ordenamiento del país de origen, para que entre nosotros haya de reconocérseles eficacia como personas ficticias.- Es además, esta interpretación la que más se acomoda al desarrollo de las relaciones de toda clase entre los diversos países.

Por otra parte, creemos que la disposición que hemos comentado debiera ser objeto de reforma que la aclarara en el sentido que la hemos interpretado, es decir, en que se refiere a las corporaciones y fundaciones de interés público.

### TERCERA INCAPACIDAD

La de los que cometen adulterio y que por eso no pueden ser herederos uno de otro.- Está incapacidad está contenida en el Art. 965 que a la letra expresa; es incapaz de suceder a una persona el que, antes de deferírsele la asignación hubiese sido condenado por adulterio con dicha

persona o acusada de dicho delito, si se siguiese condena--  
ción judicial.

Este artículo fue reformado en 1902, pues antes de  
entonces decía: es incapaz de suceder a una persona como  
heredero o legatario, el que antes de deferírsele la heren-  
cia o legado hubiere sido condenado judicialmente, conforme  
al Código Penal, por el crimen de dañado ayuntamiento con  
dicha persona y no hubiere contraído con ella un matrimonio  
que produzca efectos civiles.- Lo mismo se extiende a la  
persona que antes de deferírsele la herencia o legado hubie-  
re sido acusada de dicho crimen, si se siguiese condenación  
judicial.

Y las razones que dió la Comisión para dejar el pre-  
cepto a como ahora se encuentra fueron: "El artículo decla-  
raba incapaz al que hubiere sido condenado por el crimen de  
dañado ayuntamiento, con la persona de cuya sucesión se tra-  
ta, a menos que haya contraído con ella un matrimonio que  
produzca efectos civiles.

Los casos de dañado ayuntamiento de que habla el C  
digo Penal, son el adulterio y el incesto en ciertas cir-  
cunstancias.- Del incesto, cuando se comete en las condici-  
nes necesarias para que sea delito, no debe tratarse en es-  
ta disposición, porque constituye propiamente una causa de  
indignidad comprendida en el número 2o. del Artículo 997;  
en cuanto a los condenados o acusados por adulterio, jamás  
puede darse el caso de que contraigan entre si un matrimo-  
nio que produzca efectos civiles.- Debe pues, reformarse es-  
te artículo redactándolo en los términos arriba indicados  
(Belarmino Suárez, ob. cit. pág. 135).

Ciertamente es caso de indignidad cometer incesto.  
por ejemplo, con la cónyuge del causante, no porque el in-  
cesto sea delito contra el honor, que no lo es, sino porque  
equivale a una acción ejecutada en deshonra de él, es decir  
en una acción injuriosa para el causante que es el cónyuge  
de la que sufrió o participó en el incesto con su propio

hermano, pongamos. Pero pensamos que si el legislador consideró el hecho del incesto de tanta entidad como para que formara parte de las incapacidades, no había porqué dejarlo como indignidad por el hecho de que cabía en otra disposición. Coexistiendo las dos disposiciones había que atenderse al caso de la incapacidad por ser de orden público y por tanto de consideración preferente.- Sin embargo, se hizo la reforma y a ella debemos de atenernos. Y en lo que hace a la afirmación de la Comisión de que en los acusados o condenados por adulterio jamás pueda darse el caso de que su matrimonio produzca efectos civiles, tal como la concibe ella no hay duda de que es cierta; pero si se piensa que el matrimonio putativo celebrado por los adúlteros, por estar de buena fe uno de los contrayentes y tener justa causa de error, produce efectos civiles antes de ser acusados, entonces la cuestión cambia de especie, y no vemos porqué en tales circunstancias si es instituido ese cónyuge inocente, aunque después de serlo haya sido condenado por adulterio, no pueda él recibir la herencia o legado, que es, precisamente, a lo que la ley se refería.

Y viniendo ahora al exámen de la disposición actual vemos que contiene dos casos en que se dá la incapacidad, cuando al momento de deferirse la asignación, el heredero o legatario está ya condenado por sentencia firme, esto es, ejecutoriada (Art. 442 Pr.), por el delito de adulterio (Arts. 388 y siguientes Pn.) o cuando a la fecha o momento de deferírsele ha sido ya acusado de ese delito si después fuere condenado, naturalmente por sentencia también ejecutoriada.- El caso concreto sería el siguiente: Antonio, que es casado, tiene relaciones ilícitas con Juana, en la forma y modo que se determinan para que se produzca el adulterio. Sabiéndolo la esposa de aquél, los acusa y obtiene en su oportunidad una sentencia condenatoria, de la cual no haya recurso.- En tal caso, si Antonio dispusiera en su testamento a favor de Juana, éste sería incapaz de sucederle; y lo propio ocurriría sin antes deferírsele lo que le asignó An



tonio, hubiese sido acusada del delito y se siguiese condena-  
ción judicial.- Pero al contrario, si la acusación es poste-  
rior a la deferencia, no influirá en nada en la condición **de**  
heredero, ni aún cuando la sentencia sea condenatoria.- De  
que la incapacidad hay que referirla al momento de la apertu-  
ra de la sucesión en que de ordinario se hace a los herederos  
o legatarios al llamamiento de la ley para que acepten o  
repudien, y por eso es que obra por su sola existencia.- Pe-  
ro no concibe la ley una incapacidad con efecto retroactivo  
respecto a ese momento.- Y basándose precisamente, en esta  
circunstancia es que estimamos que cuando la asignación es **con-**  
dicional, de condición suspensiva positiva, como el llama-  
miento no se hace sino cuando se cumple la condición, es de-  
cir, cuando acaece el hecho positivo, si al abrirse la suce-  
sión no ha habido ni acusación contra los adúlteros, pero  
se presenta la acusación respectiva después, desde luego an-  
tes de que ocurra la deferencia, y al hacerla ya está conde-  
nada la adúltera o se siga esa condenación a la delación con-  
dicional, siempre estaríamos en el caso del artículo, aunque  
no se diga de modo expreso.- Y cabalmente por eso entendemos  
que la ley no dijo "antes de abrirse la sucesión", que es ca-  
sa distinta, sino que es incapaz el que "antes de deferírse-  
le la asignación"....etc.

Respecto a esta incapacidad pensamos que, acaso sea  
injusta en ciertos casos la disposición que la contiene, o  
por lo menos que puede dar pie para que se cometa la injusti-  
cia. Así supongamos en el caso propuesto que se le asigne a  
un hijo habido como fruto de las relaciones ilícitas, por  
parte del padre convicto de adulterio, una cosa cualquiera,  
como espontánea manifestación de una paternidad negada; y  
que, como el Art. 967 tiene como personas interpuestas para  
el efecto de que no se burlen las incapacidades, a los descen-  
dientes de la persona incapaz, y en nuestro caso tal sería  
el hijo adúlterino, en esa situación la ley sería, de apli-  
carse ceñidamente, injusta, decimos, porque la asignación tuvo  
por fin favorecer realmente al niño y no favorecer a la ma-

dre incapaz de la herencia, y sin embargo, éste se tiene como persona interpuesta y la asignación será nula.

Creemos, no obstante, que los Jueces deben aplicar estos preceptos con todo el cuidado posible, ateniéndose en cada caso a los antecedentes y hechos probados, para tratar de que sus fallos sean un acomodamiento, lo más equitativo posible, entre la finalidad de la ley sobre incapacidades y los derechos de ciertas personas que, en todo caso, podían ser favorecidas por el causante, dado el vínculo que con éste las unió.

Y el fundamento de la incapacidad creemos hallarlo en la protección que siempre dispensa la ley a la familia legítima.

#### CUARTA INCAPACIDAD

Del Ministro de cualquier religión.- O médico que asiste al testador en su última enfermedad y de su similar respecto al Cartulario y parientes o de los testigos del acto testamentario.- Están comprendidas las incapacidades de que se habla en este epígrafe, en los Arts. 966 y 1044, respectivamente.- Tienen marcada similitud ambas porque en las dos se busca tutelar la libre voluntad del testador, contra posibles maniobras del médico o ministro religioso que lo asiste o cartulario y testigos que intervienen en el otorgamiento del acto de última disposición.- A ese propósito la primera de las disposiciones señaladas dice: Por testamento otorgado durante la última enfermedad, no puede recibir la herencia o legado alguno el ministro de cualquier culto que ya confesado o asistido al testador durante la misma enfermedad, o habitualmente en los dos años anteriores al testamento, ni la corporación religiosa o cofradía de que fuere miembro dicho ministro.- Esta disposición es aplicable al médico de cabecera del testador.

Pero esta incapacidad no comprende a la iglesia parroquial del testador, ni recaerá sobre la porción de bien

que dicho ministro o médico habría heredado abintestato, si no hubiese habido testamento.

Lo primero que se nota es que si el testamento es otorgado por el causante antes de la última enfermedad y en él instituye heredero al ministro religioso que lo asiste o al médico que le presta sus servicios durante aquella, ni el uno ni el otro son incapaces de sucederle, como no lo sería cada quién en su caso, que asistiera al testador antes de empezar los dos años inmediatos a su fallecimiento, aunque la asistencia fuere habitual; y de la propia manera tampoco lo sería si asistió al testador durante los dos años anteriores a su muerte, pero en forma esporádica. "Dos requisitos deben concurrir para que exista esta incapacidad del eclesiástico y sus deudos, que establece el Art. 965: a) que el testamento se haya otorgado durante (el subrayado, es nuestro) la última enfermedad del testador; y b) que el eclesiástico haya confesado al testador durante esta última enfermedad o habitualmente en los dos últimos dos años anteriores al testamento. Cualquiera de estas dos condiciones que falte, la incapacidad no existirá". (CLARO SOLAR, LUIS, ob. cit. pág. 83).- Es que la ley ha procurado colocarse en aquellos casos en que de alguna manera sea de presumirse la influencia del religioso o médico en el ánimo del testador.

Si habitualmente ocurrió la asistencia ello ha podido traer consigo una influencia que acaso día a día haya podido horadar a la voluntad más fuerte, y determinarla, casi insensiblemente, en el sentido que el dicho religioso o médico descaba.- Y si la asistencia se limitó a la última enfermedad, se ha atendido para considerar al uno u otro incapaces de suceder al causante, lo fácil que lo haya podido ser inclinar la voluntad del enfermo, quién por su misma dolencia estará debilitado y talvez hasta debatiéndose en la atribulación del que ve perdida toda esperanza de vida.- En semejante situación, si asigna al médico de cabecera o al ministro de culto una cuota o legado de su patrimonio, es de temerse que lo haya sido arrancado haciéndose uso de intimidaciones

o promesas, que por hallarse tan cerca el uno o el otro del enfermo y tener a él fácil acceso a toda hora del día o de la noche, haya podido hacerse perjudicando la libertad de testar.- Pero si al médico o sacerdote o religioso cualquiera, no se le deja más de lo que, por su parentesco, le habría de corresponder del difunto en la forma intestada, la asignación valdrá y don ANDRES BELLO, citado por don LUIS CLAIS SOLAR en la obs. cit. pág. 84, decía: "Sería injusto que la incapacidad recayese sobre la cuota o bienes que el eclesiástico o sus parientes hubieran heredado abintestato, porque habiendo en esta parte un motivo natural y plausible, a que pueda atribuirse la disposición, no hay razón para creer que se haya debido a un abuso del ministerio sacerdotal"; y también deberá tomarse en cuenta la inclinación natural a favorecer la iglesia parroquial que tendrá el testador en cuyo caso, si deja algo a ésta, la iglesia no será incapaz a pesar de que el sacerdote que asistió al causante confesándolo sea el encargado de la iglesia parroquial.- Y en esto, si que hay una excepción bien asentuada, pues que, según la disposición que comentamos, es incapaz la corporación religiosa o cofradía de que fuere miembro el ministro religioso, precisamente porque se teme su influencia, pero ya tratándose de la iglesia parroquial, entonces no se teme no obstante que, a nuestro juicio, bien podría haberla.- Es que, repitamos, se considera tan natural que el padre le deja a un hijo por testamento lo que a éste le habría cabido intestadamente, como que una persona instituya como su heredero o legatario a la iglesia parroquial de su domicilio, que el influjo del sacerdote aunque lo haya, no cuenta en el pensamiento del legislador.

La disposición que examinamos estaba redactada en la primera edición del Código del modo siguiente: Por testamento, decía, otorgado durante la última enfermedad, no puede recibir herencia o legado alguno, ni aún como executor fiduciario, el eclesiástico que hubiere confesado al difunto durante la misma enfermedad, o habitualmente en los últimos años.

anteriores al testamento: ni la orden, convento o cofradía de que sea miembro el eclesiástico; ni sus deudos por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive.

Pero esta incapacidad no comprenderá a la iglesia parroquial del testador, ni recaerá sobre la porción de bienes que el dicho eclesiástico o sus deudos habrían heredado abintestato, ni no hubiese habido testamento.

Y el año de 1880, el 30 de marzo, fue adicionado con el inciso siguiente: Las disposiciones de este artículo son también aplicables a los ministros de cualquier culto que durante la última enfermedad hayan administrado al testador los socorros de su religión.

Por la reforma de 1902, es que ha quedado como se transcribió al principio.

Las razones que tuvo la Comisión respectiva son éstas: "Esta reforma, en lo sustancial, se reduce a establecer la incapacidad del médico de cabecera del testador en los mismos casos en que se declara la del confesor o director espiritual, y a suprimir lo relativo a órdenes y conventos, porque su fundación está prohibida por nuestras leyes.

En cuanto a la forma, se ha procurado redactar el artículo con más concisión, y se ha omitido en este lugar lo concerniente a los deudos del ministro o médico, porque a la Comisión le ha parecido dar una regla general sobre las personas que deben tenerse como interpuestas en favor de los incapaces". (Belarmino Suárez, ob. cit. pág. 137).

Efectivamente la Constitución de 1886 prohibía las congregaciones conventuales y toda especie de instituciones monásticas; y la regla general a que la nota transcrita se refiere, es la contenida en el Art. siguiente, inc. 2o. es decir, el 967.

Pasemos ahora estudiar el otro artículo, o sea el 1044 que literalmente expresa: No vale disposición alguna testamentaria en favor del notario que autorizare el testa-

mento, o del funcionario que haga veces de tal, o del cónyuge de dicho notario, o de cualquiera de los ascendientes, descendientes, hermanos, cuñados o sirvientes asalariados del mismo.

Lo mismo se aplica a favor de las disposiciones a favor de cualquiera de los testigos en los testamentos cerrados, sin que por razón de ellas se pueda anular el testamento.

Es pues, únicamente nula la disposición a favor del que la ley califica de incapaz, siendo, consiguientemente, válidas las demás manifestaciones de voluntad del de Cujus. El caso entonces sería el siguiente: un testador asigna en su testamento parte de sus bienes, a cualquier título, al notario que autoriza el acto o a los parientes de éste señalados en la disposición, pero al mismo tiempo los asigna a otros herederos o legatarios el resto de su patrimonio.- Conjerme esa disposición sería nula solo la asignación hecha a favor del Notario o de sus parientes o hechas al propio tiempo a uno y otros; lo demás de las disposiciones de última voluntad serían válidas.

Podrían sin embargo, presentarse el caso de que se instituyera como heredero o legatario a un testigo instrumental.- En este caso, en aplicación del Art. 1007 No.11, que expresa que no podrán ser testigos en un testamento solemne los herederos ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, ni los legatarios, el testamento sería nulo y no solo la disposición a favor del heredero o legatario, y era, precisamente, lo que la ley contemplaba antes de reformarse el inciso segundo de este artículo como luego veremos.

Hay tres casos más en que puede considerarse que el testamento todo es nulo.

Son éstos: se instituye al Notario sólo en el testamento que él autoriza como tal, o bien a sus parientes o sirvientes asalariados a que se refiere el primer inciso o a uno

y otros coetáneamente.- En semejante situación, anulándose la cláusulas en que se hacía la institución de herederos o legatarios, quedaría el acto testamentario desposeído de toda manifestación de voluntad en lo que hace a bienes.- Y si, como la concebimos, no hay otra expresión del intento de testar, por la fuerza de los hechos, todo el acto testamentario, sería en realidad nulo.

Pero reza la segunda parte del precepto que lo mismo se aplica a cualquiera disposición a favor de los testigos, sin que se desprenda claramente de esa expresión "lo mismo" si ella es comprensiva de que tanto lo dispuesto a favor de los testigos instrumentales es nulo, como lo que se designa a favor de sus ascendientes, descendientes, cónyuge, ojines del segundo grado y sirvientes asalariados suyos.- Han sostenido algunos que éste es el sentido de la expresión; pero otros han sostenido lo contrario, esto es, que se refiere solamente a que es nula la disposición a favor de los testigos siendo, por tanto, válida las hechas a favor de sus parientes, etc.

De estas interpretaciones me quedo yo con la última entendiendo que la expresión "lo mismo" significa, que del mismo modo es nula la disposición hecha a favor de los testigos, pero no que ella abarque a los demás personas ligadas con estos de algún modo de los reseñados, y porque, nos parece decisivo, que tratándose de las incapacidades que son de derecho estricto, no haya el legislador manifestado de modo notorio que comprendía en segundo inciso a dichas personas, no pudiéndose entonces hacer una interpretación por similitud o semejanza, a pari, porque se puede ello cuando se trata del derecho común, más no en este caso.- La interpretación pues debe hacerse restrictivamente.

En Chile han resuelto la dificultad reformando el inciso segundo e indicando de modo preciso a quienes alcanza la expresión de referencia, pero sin efecto retroactivo, es decir, sin que se considere la reforma como interpretación -

que deba considerarse incorporada en la ley reformada. Art. 9.

Antes de la reforma de 1902 el inciso segundo decía únicamente que lo mismo se aplicaba a las disposiciones a favor de los testigos.- El resto de ese inciso fue agregado entonces y se dió como fundamento para ello, lo que sigue: --- "Los testamentos abiertos en que sirven de testigos los herederos o legatarios, o sus cónyuges o parientes en el grado que la ley determina, son nulos de conformidad con lo dispuesto por el Art. 1057 (hoy 1007 indicado); pero tratándose del testamento cerrado, como el funcionario que lo autoriza no conoce sus disposiciones, no habría razón para anularlo por haber servido de testigo algún asignatario.

En este caso, lo natural es que valga el testamento y que tengan por no escritas las asignaciones a favor de los testigos, sus cónyuges o parientes". (Belarmino Suárez, ob. cit. pág. 187).

Obsérvese que según esta nota de la Comisión reformadora del Código, ella entendía que la expresión "lo mismo" era comprensivo de los parientes y cónyuge del testigo instituido.

Y véase como el artículo que sigue a este que hemos comentado, es decir, el 1045, viene a ser un complemento del primero.- En efecto, dice 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.

Piensa el legislador que el disponente pretendería burlar la incapacidad de que adolecen tales personas, haciendo aparecer un crédito suyo a favor de ellas, por lo cual dispone que si éste no consta sino sólo en el testamento, es decir, si no hay alguna otra prueba, un documento privado por ejemplo, que confirme la existencia del mismo, no podrá exigirse, esto es, no podrá demandarse, puesto que vendrá a ser constitutivo de una obligación natural que no confiere derecho para exigir su cumplimiento Art. 1341 inc. 3o.- Pero si hubiere un principio de prueba por escrito, como un pagaré por ejemplo, se tendría como un legado gratuito. Art. 1110



## b) DE LAS INDIGNIDADES

Dijimos antes que es ésta una materia más largamente tratada en el Código, que no opera ipso-jure sino que es necesario declararla en juicio a instancia de cualquiera de los interesados en la exclusión del indigno Art. 975.- Aclaramos, así mismo, que en tanto la declaración no se haga -- por la justicia, el individuo que ocupa en calidad de heredero o legatario los bienes hereditarios, es considerado -- tal y puede efectuar actos administrativos y de disposición, siendo válidos si están de buena fé los terceros que en ellos intervienen.- Aseguramos, además, que puede reafirmar el derecho en la sucesión si transcurren diez años de posesión, lo cual, sin embargo, no significa que adquiera la herencia por el modo prescripción como en el caso del incapaz, sino, precisamente, por tradición de la herencia verificada en el momento que la acepta.- Pero el vicio se purga, conforme el Art. 976, en el plazo o término referido, es decir, que a los ojos de la ley ese tiempo elimina el vicio de indignidad y se sana o convalida el derecho herencial.

Todo esto lo habíamos señalado ya; pero no está de más refrescar ideas al empezar el estudio de esta institución.

Veamos ahora los diferentes casos de indignidad, ordenando los artículos por parágrafos para la mejor inteligencia de nuestro estudio.

A) El Art. 969 contiene cinco casos igualmente graves de indignidad.- Examinemos el primero que dice: es indigno de suceder al causante el heredero o legatario, que ha cometido el crimen de homicidio en su persona, o ha intervenido en este crimen por obra o consejo, o lo dejó perecer pudiendo salvarlo.

Desde luego no era necesario que la disposición hablara "de crimen de homicidio", porque en nuestra Ley penal o se trata de delitos que pueden serlo graves o menos graves, o de faltas.- Pero conforme la nomenclatura del Código

Penal Chileno no sucede lo mismo, puesto que allí se habla de crimen, de delito y de falta, y por esa razón queda en nuestra Ley la frase ésa de "crimen" de "homicidio".

Como de acuerdo con el Art. 11 Pn. hay tres clases de personas que pueden ser responsables de delito, esto es, los autores, los cómplices y los encubridores, y en la disposición civil que comentamos hablase de haber cometido el delito o de haber intervenido en él por obra o consejo, se arriba a la conclusión de que los encubridores, cuya participación es posterior a la comisión del hecho delictuoso, no quedan comprendidos en el artículo.- De modo que son indignos de acuerdo con el precepto referido y el 12, ambos del Pn., los que toman parte directa y material en el homicidio de la persona del difunto, por cualquier medio que pueda producir ese resultado; los que fuerzan materialmente a otros a ejecutarlo, empleando una fuerza física, irresistible, o bien los que lo inducen a la ejecución del mismo. -Por último, son igualmente indignos, los que cooperan en la ejecución del delito con un acto sin el cual no se hubiera producido, como el caso en que dos que peleaban no estaban armados y un tercero le da un arma a uno de ellos para que cometa el homicidio; etc. Se trata así de los llamados autores del delito, pero también quedan comprendidos en el artículo, los cómplices a que se refiere el Art. 14 Pn., puesto que la ley habla de haber intervenido de obra en el delito, sin especificar si la intervención debe ser directa o indirecta. Y de este modo quien acecha a la víctima para avisarle al ejecutor del hecho la aproximación a fin de que se prepare, o cuida de que no lo presencien otras personas a quienes entretienen etc., sería indigno de suceder al interfecto.

Es igualmente sería indigno quien dejó perecer al causante pudiendo salvarlo, esto es, pudiendo haber evitado su muerte si es que, según las circunstancias, estaba en sus manos poder hacerlo.

En cada caso concreto deberá el Juez examinar si el heredero o legatario estaba en condiciones de haber podido evitar el homicidio cometido en el causante. No debiendo entenderse que la Ley exige la legítima defensa, sino que ella quiere que haya manifestación de agradecimiento, ejercicio de la caridad, en quien ha sido acaso instituido heredero por el que se vió en semejante transe, y con mayor razón si se trata de un pariente de los que la ley llama cuando se trata de la sucesión legítima, además si en las manos del heredero o legatario estuvo que el causante no fuera sacrificado, y no obstante, lo dejó perecer, no hay duda que se patentiza más el deseo egoísta de entrar a gozar de la herencia, que no el humano, sancionado por la moral, de evitarle el deceso violento al autor hereditario. Son manifestaciones de la virtud de la caridad que la ley desearía ver realizar por el heredero o legatario en favor de aquel cuyos bienes está llamado a beneficiarse. (CLARO SOLAR, --- LUIS, ob. cit. pág. 89). Por eso pues, el que así proceda es indigno de suceder.

#### SEGUNDO CASO DE INDIGNIDAD, ART. 969

El numeral segundo considera asimismo indigno al que cometió un hecho que la ley castiga como delito contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, o de su cónyuge o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos, con tal que el delito se prueba por sentencia ejecutoriada.

Exigió en este numeral la ley que el delito se pruebe por sentencia firme, lo que podría dar pie a la creencia de que el homicidio en el difunto no es preciso probarlo, en esa forma, y que bastaría que se presentara la prueba directa de cualquier clase en el juicio civil de indignidad, para que se tuviera por establecida la indignidad primera. Sin embargo, creemos que no debe entenderse así, y que, en el primer caso también es necesario la prueba del delito en lo criminal para poderse proceder en lo civil, y que, si se

fracasara en lo penal en la justificación del delito y del delincuente, seguramente el fracaso alcanzaría al aspecto civil.

Por otra parte, la ley expresa que el que cometió un hecho que la ley castiga como delito es indigno, apertándose así de lo que al respecto decía antes de la reforma de 1902 esto es, que lo era "el que cometió atentado grave" como todavía lo conserva el Código Civil Chileno, y dándose por la Comisión que lo reformó la razón de que esta última forma "no tiene una significación precisa y queda la gravedad enteramente al arbitrio de los tribunales, y "es esto, dice, lo que la Comisión quiere evitar", pues nuestras leyes penales no dejan lugar a dudas sobre si un hecho merece o no la calificación del delito".

Ahora bien: son delitos contra el honor, la calumnia, injuria y la difamación, conforme los Arts. 405 y siguientes y 410 y siguientes Pn., son delitos contra los bienes o mejor dicho, contra la propiedad, el robo, el hurto, la usurpación, las defraudaciones, las estafas y otros engaños, etc. Arts. del 456 al 526 Pn., y son delitos contra las personas el parricidio, asesinato, homicidio, infanticidio, aborto, lesiones corporales, etc. Arts. 354 al 378 Pn. Cometido pues, uno de esos hechos delictuosos contra la persona del difunto o contra el cónyuge y parientes suyos que señala la disposición, el delincuente se haría indigno de suceder a aquél.- Es que no puede estar más patente la ingratitude de un heredero o legatario que así procede y de consiguiente, más justificado el mérito en que cae para suceder al causante en sus bienes. Siendo de advertirse que la ley ha equilibrado la entidad del hecho tanto si se comete contra el de-cujus como si se ejecuta contra su consorte y además parientes que enumera, porque dado el vínculo de familia que unía a aquél con éstos y el afecto que de ello tiene que derivar, se considera el delito contra ellos como cometido en la persona misma del autor hereditario.

La reforma antes indicada ha introducido entre nosotros, la duda sobre que si sería igualmente indigno, por ejemplo, el que cometiera una violación o un estupro en una hijastra del causante, fundándose para ello en que un hecho tal, lesiona el honor de la madre de la agravada.

Si se examina la disposición en lo que tiene de literal se verá que no encaja en ella ese caso, precisamente por que de lo que sería convicto el heredero es del delito de estupro o violación, y ese no lo es contra el honor, pero si se ve con un criterio más amplio y se va a la significación de honor, "como honestidad y recato en las mujeres, y buena opinión que se granjean estas virtudes", bien podría pensarse que el honor de la madre ofendida ha sido de alguna manera vulnerado, y que, tal como lo decía antes la ley, -- viene a ser un "atentado grave".

Más como la disposición exige que la ley castigue como delito el hecho contra el honor, nos preguntamos: ¿Sería posible que condenado el heredero por el estupro o violación, la madre ofendida pudiera con esa base ejercitar contra el mismo heredero la acción de injuria. Fue cometido el hecho del estupro o violación en deshonor, descrédito o menosprecio de ella?. Opinamos que sí en este sentido se forzara la ley y se tuviera, por otro lado, en cuenta el carácter histórico de la disposición, alcence que evidentemente no quisieron restringir los miembros de la Comisión de la expresada reforma, sino que dar claridad al precepto tal como podría en un caso dado de esta naturaleza, admitir en el estado actual de la legislación, la indignidad del heredero. Pero ello es muy forzado y creemos que la interpretación correcta, no obstante el criterio contrario de algún comentarista es que el referido heredero o legatario no sería indigno.

Sobra agregar que sobrescído el delito, no podría configurarse la causal de indignidad, porque ello significaría o que no se justificó de modo pleno el cuerpo del delito o que no fue posible establecer siquiera semiplenamente.

la delincuencia del reo, que sería el heredero o legatario, Art. 181 I.

TERCER CASO DE INDIGNIDAD DEL ARTICULO 969

El numeral tercero, expresa que es indigno de suceder al difunto el cónyuge o consanguíneo dentro del cuarto grado inclusive, que en el estado de enajenación mental o de indigencia de la persona de cuya sucesión se trata, no le socorrió pudiendo. Antes de la reforma de 1902 el Art. no comprendía el cónyuge, y, al contrario, hacía extensiva la causal hasta los parientes del sexto grado inclusive, además, empleaba la palabra "d e s t i t u c i ó n". Pero como no había razón para excluir el cónyuge, ni se acomodaba el precepto a los alcances del nueve parentesco fijado en la reforma, y es más propio "i n d i g e n c i a" que "destitución", que es acción y efecto de destituir, es decir, de privar a alguien de alguna cosa, la comisión reformó el Art. dejándolo lo como está.

Indigencia es falta de medios para alimentarse, vestirse etc., enajenación mental es demencia o locura.

Por donde se ve que una persona que se halla en semejantes situaciones necesita de socorro, esto es, de ayuda económica, sea para suplirse de lo más necesario a la vida, ya para someterse a tratamiento si las facultades mentales andan enfermas.- Y quien estando en condiciones de hacerlo, no socorre al cónyuge o pariente que es víctima de lo uno o de lo otro o acaso de las dos desgracias, es sin duda una persona ingrata que no merece recibir herencia o legado, si aquel fallece dejando bienes de fortuna.

Creemos que en cada caso habrá de medirse hasta donde el causante estuvo en la situación de indigente o demente y el heredero o legatario en condiciones de socorrerlo, pues es de pensar que una persona puede tener un patrimonio suficiente para cumplir con sus obligaciones, y, sin embargo por estar ausente, enfermo etc., no satisfacerlas.

Obsérvese que se menciona aquí el incumplimiento de la obligación alimenticia y el deber moral de ayuda al enfermo mental, si es pariente. Pero ello no quiere decir que se contraiga la disposición a aquellas personas que conforme el Art. 338 del presente Código tienen derecho a alimentos. No, la causa de indignidad de que ahora hablamos comprende a más personas, previamente hasta el cuarto grado de consanguinidad inclusive, mientras que las personas que tienen derecho a alimentos alcanzan en la línea colateral solo al segundo grado, si bien en la línea directa no hay límites. En cambio está acorde el precepto con lo que se regula en el Art. 968 que trata de las personas que tienen derecho a una sucesión legítima o intestada. - "La ley está inspirada en un sentimiento de moralidad desconocido por el que se ha resistido a asistir y ayudar a su pariente, a quien está llamado a heredar, cuando lo ve en la desgracia y en la miseria". (CLARO SOLAR, LUIS, ob. cit. pág. 92).

#### CUARTO CASO DE INDIGNIDAD, DEL ARTICULO 969

También hay indignidad, conforme el numeral cuarto, en el que por fuerza o dolo obtuvo alguna disposición testamentaria del difunto, o le impidió testar, o variar el testamento. "Este caso es reproducción de las leyes romanas y españolas que, para reprimir la fuerza y el dolo, penaban al que los ponía en uso para obtener una herencia o legado, que por ser próximo pariente del testador, que no tenía heredero forzoso, le impedían testar como era su deseo y voluntad". (CLARO SOLAR, LUIS, ob. cit. pág. 92). Desde luego, las disposiciones testamentarias en que haya intervenido error, fuerza o dolo, son nulas en todas sus partes, siéndolo también el testamento si el vicio afecta la celebración del acto, Art. 1004. De modo que en este caso los queados a los interesados el recurso de poder intentar, si lo quisieron, la acción de nulidad que, como se sabe, da lugar a la nulidad relativa.

Pero el legislador no se conformó con la anulación -

por existir tales vicios del consentimiento, sino que, además dispuso que quien emplea la fuerza o el dolo para obtener disposición testamentaria fuere indigno de suceder al difunto.

La fuerza de que aquí se trata está definida en el Art. 1327, o sea aquélla que es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Es decir, que si la persona es normal ha de tomarse en cuenta para poder calificarse un acto de fuerza de esta clase, si quien le sufre es un sujeto muy joven, una mujer o caso un anciano, en los que de ordinario, el ánimo anda muy flaco; pero si se trata de un individuo en plenitud de edad, hombre de lucha y tal vez de gran vigor, habrá de pensarse que a lo mejor no fue la presión la que lo indujo a determinarse en cierto sentido cuando testó; y de la misma manera el que ocupa una posición buena en la sociedad porque o es una capitalista o un funcionario, o un individuo que tiene dignidades muy reconocidas, estará en mejor situación de hacerle frente a cualquier amenaza, que el pobre, de posición humilde, sin cargo ni dignidades, que bien pueda ser forzado con alguna facilidad en el sentido que se desea cuando testa.

Y lo que agrega el Art. sobre la fuerza del elemento de la misma, cuando expresa que se mire como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes, o un mal irreparable y grave. Por donde se ve que se está en presencia de una amenaza, pues quien de alguna manera emplea la fuerza física, y cuando por ejemplo, la mano del prisionero, golpeándolo, y haciéndolo mediante la fuerza bruta, que dibuje su firma, ese ya no ha sido lo que la víctima obre con voluntad, desde que de ese modo la anula, y ya no sería doble hablar de voluntad viciada. Se trata de amenazas, es decir, de una presión moral en el testado que lo induce a disponer de sus bienes no conforme a su criterio libre, sino conforme al sentir y querer de los



que lo amenazan.

Claro que si se da el caso entre padre e hijo y esta obra al testar en la forma que el primero le ordena, no habría vicio del consentimiento y la disposición valdría, que obraría por temor reverencial.

El dolo de que aquí se habla no es el que define el Art. 42 en su inc. último, sino aquella forma que consiste en maquinarse o emplear artificio para que una persona se incline o no en determinado sentido. El comerciante maquina para que el cliente le compre en el modo y condiciones con que le ofrece la mercancía.

Del mismo modo el interesado usa de artimañas o argucias para que la persona del testador le deje algo o no deje nada a otra persona. Si es un católico, supongamos, viejo y achacoso, le arranca una asignación testamentaria en su beneficio, convenciéndolo de que empleará el contenido de la misma en sufragios para su alma, es decir en misas, y así por este estilo.

Pero ¿en qué forma le puede impedir testar o variar el testamento?. Sencillamente procurando que no concurren los testigos o el notario, necesarios para la otorgación del acto.

Y, ¿por qué no lo deja testar?, pues a porque ya hay un testamento anterior y al variar sus disposiciones podría salir perjudicado con una revocación de lo asignado a él, o porque si es primera vez que va testar la persona, ello podría dar margen para que no le dejara nada, y en la forma intestada tendría derecho a la herencia. Esto es, buscando el doloso no salir perjudicado, desmejorado, como heredero. Y todo ello como se ve, atenta contra la libertad de testar.

#### ULTIMO CASO DE INDIGNIDAD DEL ARTICULO 969

Por último, es indigno conforme al numeral quinto, el que dolosamente ha detenido u ocultado un testamento del

difunto, presumiéndose dolo por el mero hecho de la detención u ocultación. Retener en la acepción en que se usa aquí, es tanto como detener, conservar o guardar.- Ocultar significa callar advertidamente lo que se pudiera o debiera decir, o disfrazar la verdad. De ello se infiere que quien retiene un testamento, no lo presenta a los herederos a pesar de habersele dado para que lo guardara y lo hiciera del conocimiento de los demás interesados en la sucesión, luego de haber fallecido el disponente; y el que lo oculta, calla lo que debiera decir de haberlo hallado entre los papeles del difunto o de haberlo obtenido de otro modo, pero sin conocimiento, de los demás herederos o legatarios, a fin de que éstos no se cercioren de su existencia y poder así hacer uso del derecho que le pueda caber como heredero legítimo o bien de acuerdo con otro testamento anterior, tal vez revocado por el de cujus, en cuyas dos situaciones de seguro podrá obtener más de lo que pudiera corresponderle de conformidad con lo que dispone el testamento que retiene u oculta. En ambos casos se trata de defraudar a los demás herederos o legatarios y de burlar la última voluntad del autor hereditario, lo que ha dado razón más que justificada para que semejante hecho, sea incluido entre los que hacen indigna a la persona que así procede.

De acuerdo con el Art. 1330 el dolo por regla general no se presume sino en los casos expresamente determinados por la ley. Y una de las excepciones en ésta que consagra la disposición sobre indignidad, que estamos comentando, por regla general el dolo debe de probarse, porque la naturaleza es que todo hombre proceda con corrección y de buena fé; pero la ejecución de actos que importan dejar sin ejecución la voluntad de un testador es por si sola suficiente para presumirle dolosa, y el que detuvo u oculto el testamento tendrá que probar que no ha habido dolo de su parte y justificar su procedimiento". (CLARO SOLAR, ob, cit. pág. 94).

En los demás casos el dolo debe justificarse plenamente

te, es decir, debe probarse de modo indudable la intención maliciosa de inferir injuria a la persona o propiedad de otro; aunque aquí se trata de una presunción de derecho, *jure et de jure*, que no admite prueba en contrario, y el dolo resulta de esta manera perfectamente establecido, queremos indicar al decir que debe justificarse plenamente, por regla general, que la prueba debe ser directa y judicial y no indirecta o legal como ésta que la ley deduce del mero hecho de la ocultación o detención del testamento.

#### B) LA INDIGNIDAD DEL ARTICULO 970

Contiene el 979, otra causa de indignidad que se denuncia así: Es indigno de suceder, dice, el que no hubiere denunciado o avisado a la justicia, el homicidio cometido en la persona del difunto tan pronto como le hubiere sido posible, exceptuándose de esta disposición los impúberes, dementes y sordomudos que no se dan a entender por escrito. Cesará esta indignidad, si la justicia hubiere empezado a proceder sobre el caso.- Pero esta causa de indignidad no podrá alegarse sino cuando constare que el heredero o legatario no es cónyuge de la persona por cuya obra o consejo se ejecutó el homicidio, ni es del número de sus ascendientes o descendientes, ni hay entre ellos parentesco de consanguinidad hasta el cuarto grado inclusive o de afinidad hasta el segundo.

Como las anteriores causas de indignidad ésta tiene su origen en el Derecho Romano, y su correspondiente reproducción en el Derecho Español antiguo, de modo especial en las partidas.

Antes de la reforma de 1902 esta causa de indignidad solo alcanzaba al "que siendo varón y mayor de edad no hubiere acusado a la justicia", etc., y no podía alegarse sino cuando constare que el heredero o legatario "no es marido de la persona por cuya obra o consejo se ejecutó el homicidio, ni es del número de sus ascendientes o descendientes, ni hay entre ellos deudos de consanguinidad o afinidad".

hasta el tercer grado inclusive", cuyo subrayado sufrió modificación para quedar como ahora se halla.

Se justificó la reforma diciendo que "La Comisión no cree justo que se declare indigna a una persona porque no se ha mostrado parte acusadora en un juicio.

Para ser acusador se requiere fondos pecuniarios y ciertos conocimientos que no son comunes. Por esto opina que se sustituya la obligación de acusar por la de denunciar y como hay razón para que las mujeres estén exentas de esta obligación, se suprime la palabra "varón" usada en el Art. La parte final del Art. se hace extensiva a los parientes consanguíneos dentro del cuarto grado afines dentro del segundo para conciliarlo con el Art. 60 en relación con el 37 y 38 I". Estos Arts. señalados por la Comisión tienen actualmente los números 50, 32 y 331, respectivamente.

Las leyes romanas decían que la indignidad existía cuando el heredero no había vengado "la muerte violenta" sufrida por su causante y las partidas expresaban que por no haberse "acusado" a la justicia el homicidio cometido en éste, siendo esto último que lo que nuestra ley requería antes de la reforma indicada, pues ahora exige del heredero o legatario que denuncie o avise la comisión delictuosa, simplemente. Denuncia conforme el Art. 49 I, es la manifestación que uno hace al Juez de la falta o delito cometido, nombrando o no al delincuente, pero sin obligarse a la prueba.

Para acusar es necesario obligarse a probar el hecho y las demás circunstancias a que alude el Art. 37 del mismo Código. Avisar es tanto como dar noticia de un hecho. No requiere ninguna formalidad como las que se indican para la denuncia y desde luego, puede avisarse no solo al Juez sino a cualquiera autoridad, la policía, por ejemplo, pero el Art. civil que comentamos dice que el aviso debe hacerse a la justicia. La ley requiere además que el aviso o denuncia se haga tan pronto como hubiere sido posible. ¿Qué es lo que

debe dar la pauta para afirmar que no se avisó o denunció -  
tan luego como fué posible?. Esta es una cuestión de hecho  
que en cada caso concreto y conforme a la prueba que se p--  
duzca deben juzgar los jueces. Están interrumpidas las comu-  
nicaciones, sea por obra de la Naturaleza o por disposición  
de autoridad o por cualquier otra causa, el heredero es ci-  
go aunque se dió cuenta del homicidio en alguna forma racio-  
nal, etc., en todos esos casos deberá obrarse de acuerdo --  
con los datos que suministre el respectivo juicio.- No hay  
pues, una regla a que someter ésto de la posibilidad, y --  
claro, se exceptúan los impúberes, dementes y sordomudos -  
porque, ellos no podrían avisar ni denunciar el homicidio -  
ya que, conforme la ley, son igualmente incapaces absolutos,  
por más que un impúber varón, de tres años, esté, en la rea-  
lidad, en un grado superior, en cuanto a capacidad respecto  
del sordomudo y aún más frente al demente.

Pero si la justicia hubiere empezado a proceder a la  
investigación del hecho, entonces, cesa la obligación, pues  
to que se habrá satisfecho de este modo el interés que la  
ley persigue o requiere al sancionar como indigno al heredero  
o legatario, Si lo sostiene don LUIS CLARÓ SOLAR al decir:  
además, cesa la indignidad si la justicia hubiere empe-  
zado a proceder sobre el caso, y como se trata de su delito  
en que la justicia procede de oficio y no puede paralizar -  
el procedimiento en aras de la viudita pública, es difícil  
que la justicia no haya intervenido, salvo que se trate de  
un envenenamiento u otra forma de homicidio que no se haya  
hecho pública". ob. cit. pág. 96).

Por otra parte, obsérvese que no hay tiempo determi-  
nado para los efectos de denunciar o avisar a la justicia la  
comisión del delito, pudiendo muy bien ocurrir que haya --  
transcurrido un lapso considerable desde que sucedió el he-  
cho hasta el momento de darse el aviso o denunciarse, y sin-  
embargo, no configurarse la causal de indignidad porque se  
estuvo dentro de esa prescripción tan amplia como prudente -

de deberse hacer "tan pronto como le hubiere sido posible", el heredero o legatario, La indignidad no puede alegarse -- cuando conste en los autos que el hecho cónyuge, ascendiente o descendiente o hay con él, parentesco de consanguinidad hasta el cuarto grado inclusive o segundo de afinidad de o con la persona que se llamada a suceder al causante -- como heredera o legataria, pues si tal pudiera hacerse se pondría innecesariamente a tales cónyuges y parientes del delincuente en la desyuntiva penosa de denunciarlo para poder aceptar la herencia, aunque de ese modo inmoral hundiera al cónyuge o pariente, a bien de no denunciar o avisar la ejecución del delito, en cuyo caso necesariamente harían indignos de suceder a su causante, víctima del homicidio. Además ese criterio está acorde con el que informa el Art. 15 inc. último del Pn. que se refiere a los casos de excepción en que no se da el encubrimiento, debido al parentesco que une a los así favorecidos con esa excusa absolutoria, y el autor del delito.

Antes de la reforma la ley hacía referencia al "varón" porque para acusar era necesario y es aún, (Art. 32 - No. 10. I) ser de ese sexo; pero las mujeres pueden dar aviso a quejarse a la autoridad de acuerdo con el inc. final del Art. 33 del mismo Cód. I.

Y en cuanto al hecho de ser mayor de edad, no se requirió en el artículo éste de la indignidad que se examinó, porque para denunciar es preciso atenderse en ese aspecto a lo que ordena el Art. 50 I, según se trate de un delito público o privado; y precisamente por eso habló el reformador de "conciliar" la disposición con éstas. Casi es innecesario señalar que el fundamento del Art. está en que ningún otro más que el heredero o legatario está en la obligación de hacer que intervenga la justicia en la investigación del hecho delictuoso, a fin de que no quede el autor impune, máxime cuando ordinariamente ese heredero y legatario es pariente o cónyuge del de cuius.

### C) LA INDIGNIDAD CONTEMPLADA EN EL ARTICULO 917

El Art. 971, que contiene otra causa de indignidad, expresa que es indigno de suceder al impuber, demente o sordomudo, el que siendo llamado a sucederle abintestato, no pidió que se le nombrara un tutor o curador, y permaneció en esta omisión un año entero; a menos que aparezca haberle sido imposible hacerlo por si o por procurador. Si fueran muchos los llamados a la sucesión, la diligencia de uno de ellos aprovechará a los demás. Transcurrido el año, la obligación antedicha recaerá en los llamados en segundo grado a la sucesión intestada. La obligación 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 las personas jurídicas designadas en el núm. 7.º del Art. 988, ni en general a los que están bajo tutela o curaduría. Esta causa de indignidad desaparece desde que el impuber llega a la pubertad, o el demente o sordomudo toma la administración de sus bienes.

En el inc. último de este Art. se observa un pequeño error, de redacción, consistente en emplear la expresión "Toman" para referirse a los vocablos demente o sordomudo que han sido empleados en singular y que por estar separados por medio de la ejecución disyuntiva "o", el verbo con que concuerdan o las rige, debe ponerse o usarse en singular también. Es decir, que debió expresarse "o el demente o sordomudo toma", pero "toman" que sería correcto si se dijera "el demente y sordomudo".

No presentaba el precepto mayor dificultad de interpretación antes de las reformas de principios del siglo, que lo afectaron en tres ocasiones, especialmente la de 1907 que, además, adoleció del grave inconveniente de no dar las razones que se tuvieron en mira al adicionar o modificar de alguna manera las disposiciones entonces en vigencia. Por eso más de alguna idea de las introducidas resulta de oscura inteligencia como luego veremos.

En la edición del Código correspondiente a 1893, esto es, antes de las reformas de 1902, el inc. primero solamente hacía extensiva la indignidad al ascendiente o descendiente llamado a heredar abintestado a cualquiera de los incapaces que enumera el Art. que no pidiera el nombramiento de tutor o curador y permaneciera en la omisión un año completo, seguramente porque parece más natural y lógico que sean esos parientes los que, de preferencia, se preocupen de que el incapaz no permanezca en desamparo y sin la protección necesaria a su cuidado personal; modo de pensar que está en concordancia con el modo de llamamiento a la sucesión intestada, en que se hacía primero para los descendientes legítimos del difunto, luego a sus ascendientes y a continuación a los colaterales y demás parientes de más lejano parentesco, como indicando que si ascendientes y descendientes son primeros en el derecho hereditario, deben serlo también en sus deberes para con sus parientes incapaces a quienes heredarán. Pero la Comisión al hacer extensiva la obligación al que siendo llamado a sucederles abintestato, dice que "No hay razón para limitar esta causa de indignidad a los descendientes y ascendientes, como lo hace el Cód. si las demás personas llamadas a heredar al desamparo incurran respecto de él en la misma falta, justo y natural es que sufran la misma pena".- No cae, sin embargo, en tal vicio -- quien estuvo imposibilitado para hacerlo personalmente, si habiendo estado, vg., ausente, no lo supo o tuvo conocimiento del desamparo del incapaz, sino, después de largo tiempo, lo cual supone que por alguna razón no le pudo llegar la noticia, cosa que debe entenderse así en atención a lo que en que el Código fue dado, pero que para ahora parece muy difícil que suceda. Y si no lo hizo por procurador será debido a lo mismo o a que no dejó en el país quien lo representara, como tal procurador. Se trata pues, de una imposibilidad por carencia de noticia o retardo en las comunicaciones y no de una imposibilidad moral, esto es, una demencia por ejemplo, pues este último caso queda comprendido en



el inc. cuarto del Art. donde dice "ni en general a los que están bajo tutela o curaduría.

Pero si hubo parientes de los llamados al mismo tiempo con el negligente, que se allanó a hacer la petición, su diligencia aprovecha a éste, en el sentido de que no se hace indigno puesto que se ha satisfecho el fin que la ley persigue.

Dice el inc. tercero que transcurrido el año la obligación antedicha recaerá en los llamados en segundo grado a la sucesión intestada, con lo que, si se atiende a lo literal de lo que expresa, quiere decir que la obligación únicamente recae en los herederos del primero y segundo grados, lo cual no se compadece con lo que reza el inc. primero sobre que el deber alcanza al "que siendo llamado a suceder abintestato" no pidió el nombramiento de tutor o curador.

Por eso siguiendo los alcances de este inciso primero, que por cierto, como se dijo, obedeció a la reforma de 1902, no puede menos de entenderse que la expresión usada por la ley, cuando dice "los llamados en segundo grado" debe interpretarse, siguiendo la regla contenida en el Art. 22, en el sentido de que el segundo grado aquí designa a los grados subsiguiente o ulterior inmediato, desde aquel de que se haya partido, es decir, que respecto al tercero del Art. 988, por ejemplo: será segundo el cuarto y así sucesivamente. Esto se deduce también de los motivos dados para la reforma del inc. 1o.- Este inciso tercero era correcto antes de la reforma del Inc. primero, pues entonces como solo recaía la obligación en ascendientes y descendientes y éstos últimos estaban en el primer grado y los primeros en el segundo, no había porque referirse a otros grados.

Más, hecha la reforma del repetido inc. primero, se lo indicado reformar también el tercero empleando la expresión "recaerá la obligación antedicha en los llamados a la herencia del grado respectivo inmediato, si los hubiere, así sucesivamente hasta llegar a los del sexto grado inclusive".

- 51 -

El inc. cuarto fue reformado, primero, por la ley del 22 de octubre de 1903, suprimiéndose la expresión "o bajo testad marital", que obviamente obedeció al hecho de haberse introducido el nuevo régimen conyugal de igualdad entre los casados. Y el 21 de junio de 1907, se le agregó después de la palabra menores, la frase "no habilitados de edad", limitándose de esta manera los alcances de la expresión menores, seguramente en atención a que de acuerdo con el Art. 26 In. último, las expresiones mayor de edad o mayor, empleadas en las leyes, comprenden a los menores que han obtenido habilitación de edad, También se le agregó a ese inc. cuarto las excepciones relativas "a los parientes colaterales mientras existieren de la línea recta que puedan hacer la petición, las personas jurídicas designadas en el número séptimo del Art. 988" y se sustituyó la palabra "viven" por la de "están". Ahora bien: que la obligación no se extienda a los menores no habilitados de edad, es fácil comprensión, puesto que si ellos necesitan de quien los represente, esto es, si son incapaces absolutos o relativos, para dirigirse personalmente por sí mismo y, desde luego, para administrar sus bienes, es lógico considerarlos, y con mayor razón, con incapacidad para tender al desamparo en que se puedan hallar sus posibles causantes, por obra de ser impúberes, sordomudos o dementes. Del mismo modo, es lógica y comprensible la excepción relativa a las personas jurídicas del número 7o., del Art. 988, que generalmente está nivelada con los menores que, en todo caso, no son sino creaciones de la ley, cuyos componentes, o sean las personas naturales que las forman, tendrán interés ninguno en tal o cual sucesión ni por las obligaciones que cumplir respecto a quienes pueden ser sus causantes de la corporación que administran y representan, y son aquellas, esto es, las posibles causantes, que en la mayoría de los casos ni les serán a ellas conocidas; y ante este concepto la reforma fue muy adecuada y pertinente. Pero no resulta de fácil comprensión tal forma en cuanto expresa que no se extienda la obligación a los colaterales mientras...

existieren de la línea recta que puedan hacer la petición. Porque si antes expresa el Art. que pasando un año la obligación recae en los herederos del grado que sigue según el Art. 988 no vemos como podría darse el caso de que no se extienda la obligación a los colaterales mientras existan de la línea recta, ya que después de la reforma de 1902, en los dos primeros numerales solo se halla el cónyuge y parientes de la línea recta.

Mientras que los colaterales son llamados ellos son primeramente en el numeral tercero y después en los demás que le sigue hasta el sexto inclusive. Antes de dicha reforma si podían concurrir en el mismo número y grado parientes de la línea directa y de la colateral y si tal pasara definitivamente esa excepción será de fácil inteligencia, ya que podría entonces interpretarse que el año corría solo para los primeros pero no para los segundos, quienes vendrían a haberse indignos únicamente después de pasados para ellos dos años. Pero tal como está ahora el orden de la sucesión intestada eso no puede ocurrir.

Hay un enajenado mental que designaremos con el nombre de Juan, cuyos parientes más cercanos son su hijo Pedro y su hermano legítimo Francisco. Cuando cayó en estado de demencia, su hijo tenía solo veinte años y ocho meses de edad, mientras que el hermano era mayor de 21 años.

Siendo incapaz Pedro, no estaba obligado a la fecha en que enloqueció su padre Juan, a solicitar que se le nombrara curador a éste para que lo representara y velara por sus bienes. En esa situación tocaba a Francisco hacer la petición; más, éste por descuido o negligencia no se alboró a hacerla, y desde la fecha en que nació su obligación en ese sentido transcurrieron diecisiete meses, supongámonos, -término en que falleció el demente dejando, desde luego, el patrimonio hereditario.

El hijo se presenta aceptando la herencia y es declarado heredero. Sabedor de ello se presenta el hermano, a

vez, demandando al heredero declarado, esto es, a Pedro, hijo de Juan, para que se le declare indigno de sucederle porque, según alega, desde que el hijo llegó a la mayoría de edad y de consiguiente desde que fue capaz de solicitar el nombramiento del curador para el demente, habían transcurrido hasta el fallecimiento de éste, trece meses.- En consecuencia, prueba su interés con las respectivas certificaciones de las partidas de nacimiento suyas y del causante, y ejercita al mismo tiempo la acción de petición de herencia a efecto de que se le restituya la herencia cuyos bienes, sigue alegando, ocupa indebidamente Pedro.

Emplazado el último para contestar la demanda, niega sus fundamentos y a la vez contrademanda a Francisco, por la misma causal de indignidad, sosteniendo que como él no estuvo en situación legal al caer en estado de locura su padre, de solicitar el nombramiento de curador precisamente por haber sido entonces menor de edad, ya que, como se dijo, se tenía veinte años y ocho meses y le hacían falta, por tanto, cuatro más para cumplir los veinticuatro años, y que por esa obligación recía entonces en Francisco, habiendo estado éste en la omisión por un período mucho más largo que el suyo o sea que corrieron para el hermano nada menos que diecinueve meses. Niega pues, que la causal le alcance y pide que se le absuelva de ella y que, en cambio se condene a su hijo Francisco con fundamento en lo que indica, declarándolo indigno de suceder a Juan.

Corridos los trámites del juicio, el Juez sentencia declarando indigno al hijo con fundamento en que al hermano por ser colateral, no se extendía la obligación puesto que estaba el primero, o sea el hijo, que es de la línea directa, que podía hacer la petición.

Y en efecto, así es. Aunque la obligación para el hermano empezó a correr durante los cuatro meses, a partir de la fecha en que se hizo loco el causante, hasta el día en que el hijo Pedro llegó a la mayoría de edad, es el día

de que al ocurrir esto último cesó su obligación, ya que entonces existía persona de la línea recta que podría hacer la petición, Para que la obligación hubiera proseguido su curso hasta consumarse el año, hubiera sido necesario o que el hijo falleciera antes de cumplir la mayoría de edad o bien que se hubiese hecho incapaz por demencia u otra causa. Pero si la incapacidad del hijo, en nuestro caso, sobreviene cuando ya corría para él la obligación, entendemos que se interrumpe de modo natural y que, de consiguiente, para que le alcanzara el año que determina la ley, sería preciso que éste se contara desde que cayó loco o sordomudo que no puede darse entender por escrito. Opinamos este modo siguiendo las contenidas en el Art. 2241, que se refiere a la interrupción de la prescripción, en que la interrupción a que alude el numeral 2o. hace perder todo el tiempo de la posesión anterior, como reza el inc. último; y en el caso que estudiamos si llegó el hijo a la mayoría de edad, con ello hizo perder los cuatro meses que para el hermano habían corrido de su obligación de pedir el nombramiento de curador para el demente.

Pero si la situación planteada se hubiera dado entre un hijo legítimo y un natural, creemos, para ser consecuentes con el criterio sustentado, que las consecuencias hubieran sido otras, es decir, contrarias para el último. En otras palabras, pensamos que si a la fecha de la demencia del causante hacían falta cuatro meses al hijo legítimo para ser mayor de edad, y, en cambio, el hijo natural era ya capaz, al último no se le interrumpiría el tiempo corrido de cuatro meses, que le hacían falta al legítimo para ser capaz, sino que seguiría corriendo para el período de un año a pesar de haber llegado el hijo legítimo a la mayoría de edad. Por consecuencia, sería el natural declarado indolente aunque también el legítimo lo sería por haberle corrido en nuestro caso trece meses desde su capacidad hasta el día del deceso del de cujus. Porpiamente, habría este último, cuando el pleito si el causante hubiere fallecido, por ejem

plo a los quince meses contados desde que cayó en estado de locura o desde que quedó emancipado por el fallecimiento del padre o madre de familia, si era enajenado mental congénito.

Si no ha transcurrido un año para los obligados y el impúber llega a la pubertad, o el demente o sordomudo toma la administración de sus bienes, la causal de indignidad no se genera, sencillamente porque la ley exige para que se configure un año completo.

La expresión de la ley sobre que esta causa de indignidad "desaparece" no nos parece correcta, porque si imponemos en el inc. primero que la omisión sea de "un año entero", es lógico que antes no se ha tipificado y por tanto, no es dable hablar de que desaparece.

Debe tenerse presente que tratándose de los impúberes la obligación habrá de recaer necesariamente en sus ascendientes y colaterales, porque si excepcionalmente sería posible imaginar un caso en que llegaran a contraer nupcias conforme el Art. 162, en todo caso no podrían existir hijos de ellos que estuvieran en capacidad de pedir el nombramiento de tutor para tales impúberes, y el cónyuge sería representante legal por ministerio de ley conforme el Art. 376. -Pero si el desamparado es un demente o sordo mudo, la obligación, y por tanto, la indignidad podrá alcanzarse a descendientes, ascendientes, cónyuge y colaterales.

Nos preguntamos ¿Qué servirá de pauta o regla para determinar el arranque del año completo exigido por la ley?

Si se trata de un demente de nacimiento, creemos que la cuestión se presentaría fácil, pues ordinariamente el desamparo suyo empezaría desde que su representante legal fallece o se vuelve incapaz por cualquier motivo. Sin embargo, si la dejación en que se halla el impúber obedece a que el padre o madre calló, a su vez, en estado de demencia, ¿cuál será el día desde que deba contarse su abandono moral y físico?

La cuestión estará sujeta a la prueba que se viere al respecto y en cada caso concreto el Juez tendrá que decidir conforme ello de modo soberano.- Más si se le declara en interdicción y no hay prueba alguna sobre hechos que hagan pensar en la locura desde antes, habrá que atenderse a la fecha de la declaratoria de tal interdicción. Si la demencia le sobreviene al que cae en desamparo siendo púber desde luego, careciendo de representante legal, sería siempre el caso de acogerse a la prueba que se adujera en el respectivo juicio; y de la misma manera se procedería, en su caso, para con el sordomudo en desamparo.- Por último, si es el impúber respecto de quien tiene que contarse el año, casi siempre se hará partiendo del día del fallecimiento de sus representantes legales, padre o madre, y también del tutor si ha sido emancipado.

#### D) LA INDIGNIDAD CONTEMPLADA EN EL ARTICULO 972

Expresa el Art. 972 que son indignos de suceder al tutor o curador que nombrados por el testado, y sin tener incapacidad legal, no entran a servir el cargo, salvo que dicho testador haya dispuesto otra cosa a ese respecto.

La primera observación que puede hacérsele a este artículo es de forma: no debe decirse "entran" sino "entran", por referirse este verbo al singular tutor o curador, es decir, el uno o el otro, lo mismo se debe decir del primer cable que emplea, o sea "son" en vez de decir "es".

Antes de la reforma del 21 de junio de 1907 carecía la disposición de la frase "y sin tener incapacidad legal" que seguramente fué introducida ese año para aclarar que cuando hay alguna de las que se enumeran en el Art. que trata de las incapacidades en el Libro I., y desde el Art. 496 hasta el 509, la indignidad no se puede dar; y se le suprimió ese mismo año en el inc. segundo la expresión "No se extenderá esta causa de indignidad a los asignatarios forzosos en la cuantía que lo son", sin duda, para poner el Art. con las reformas sobre asignaciones forzosas que,

se ha dicho, fueren en lo general suprimidas, salvo el caso de los alimentos de esa clase.- En cambio, se agregó al primero la frase "salvo que dicho testador haya dispuesto otra cosa a ese respecto". De modo que, por regla general, si un tutor es nombrado por el testador y no entra a ejercer el cargo de tal, se hace indigno y excepcionalmente no nacería para él la indignidad si tiene incapacidad legal para ejercerlo. Pero también que daría exceptuando de la causa de indignidad si el testador dispone que no sería tal aunque no entrara a ejercerlo, en cuyo caso y por tesis general, seguramente habría designado persona que lo sustituyera; pero si no hizo designación se le tendría que nombrar conforme a la ley el legítimo o dativo que procediera, y dejaría siempre de dar la indignidad, precisamente, porque habría un perdón expreso del de cuius a ese propósito.

Y ahora pasando a otra cosa nos preguntamos; ¿qué tiempo debe esperarse para estar cierto que el no entrar a ejercer el cargo ha generado la indignidad? Desde luego entendemos que lo normal será que debe considerarse el tutor o curador que no entra a ejercer el cargo, desde que dejó pasar el tiempo partiendo de la apertura de la sucesión. Si el llamamiento es puro y simple, o desde que se cumple la condición si el llamamiento que se le ha hecho como tal tutor o curador es condicional; pero desde luego si no tiene impedimento alguno u otro motivo atendible. En tal caso debe él apresurarse a aceptar el cargo ante el Juez respectivo y pedir que se le dicte y se le dé la administración de los bienes del pupilo conforme lo que prescribe el Art. 21 y sig. Si no lo hace ya hay que pensar que no lo hace por descuido o negligencia, pues no es posible dejar de pensar que un pupilo puede haber quedado en completo desamparo y ser aún muy niño, en cuya situación necesita del auxilio mediato del tutor.

Pero si la persona queda en poder de la madre, por ejemplo y solo se le ha nombrado al tutor o curador para el



administración de los bienes que se le dejan al pupilo, entonces la cuestión tendrá que verse con una mayor latitud en cuanto al tiempo y orientarse con el criterio de que los bienes no hayan podido sufrir perjuicio debido a la tardanza del tutor o curador en entrar a servir el cargo.

Nos preguntamos, sin embargo, dos casos en que podría hallarse el tutor o curador respecto a los bienes e intereses del pupilo; en el uno se le discernió el cargo, pero no entró a ejercerlo materialmente; en el otro ni se le discernió. ¿Se dá la indignidad? Creemos, contestando a la primera pregunta que nos hicimos respecto al tiempo que deba correr para entender que se ha producido la indignidad, que, aunque la ley no lo diga, debe hacerse siempre un requerimiento judicial a fin de estar cierto que el tutor o curador no entra realmente a ejercer su cargo.

Y así pasado un tiempo prudencial que el Juez soberanamente apreciará, según las circunstancias, podrá decidir que se ha configurado la indignidad.

Supongamos lo contrario, esto es, que no obstante no habérsele discernido el cargo, entrara a ejercerlo el tutor o curador, qué pasaría, lo ejercería realmente como si la ley lo requiriera? Entendemos que no, pues la autorización le da su derecho y dá nacimiento a las obligaciones que la ley impone como tal tutor o curador; por lo cual la ley exige que los actos en esas condiciones serían nulos, Art. 310.

Nos parece que no se produciría la indignidad si el tutor o curador alega algún motivo de excusa (Arts. 510 sigts.) y el Juez lo acepta, se haría indigno si no entra a ejercer el cargo con ese fundamento, puesto que la ley le da la incapacidad legal. En cambio el simple hecho de alegar un motivo cualquiera, si el Juez no lo acepta, no es causa para que se produzca la indignidad, si mientras tanto no entra a ejercer el cargo; pero si después de la no aceptación por el Juez persiste en no hacerlo, entonces parece indudable que se hace indigno.

Pensamos que cuando el nombramiento de tutor o curador se ha hecho por acto entre vivos conforme el Art. 385 y la persona que la nombra ha dejado por testamento algo a pupilo, siempre operaría la indignidad si no entra a ejercer el cargo.

En otras palabras, pensamos que cubre la disposición que comentamos, el caso de no ser nombrado el tutor o curador en el testamento en que se dispone de bienes para el pupilo.

Esta indignidad es parecida a la que indica el Art. 1206 que se refiere al partidario que habiendo sido nombrado por el testador no acepta el cargo, pues en una y otra se burla o trata de burlar la voluntad de aquél que, además, ha manifestado así su confianza, en la persona que designa. Sin embargo, el cargo de tutor o curador es de interés general, es un cargo público impuesto a ciertas personas en favor de aquella que no pueden dirigirse así mismo, o administrar competentemente sus negocios, en tanto que el nombramiento de partidario es de carácter privado, ya que no es obligado el nombrado a aceptarlo; pero se hace indigno en virtud de que ordinariamente se le habrá dejado también el cargo en el mismo testamento, y no resulta razonable que el así favorecido niegue su concurso en la partición de los bienes del causante, si tiene motivos atendibles, a juicio del Juez, creemos que la indignidad tampoco se daría en este caso.

E) Por último, es indigno de suceder el que, a causa de la incapacidad, haya prometido al difunto hacer o usar sus bienes o parte de ellos, bajo de cualquier forma una persona incapaz.

Esta causa de indignidad no podrá alegarse contra ninguna persona de las que por temor reverencial habrían podido, ser inducidas a hacer la promesa al difunto, o que haya procedido a la ejecución de la promesa.

Esta causal de indignidad no ha sufrido modificación

alguna entre nosotros.

Sanciónase con ella el fraude que la ley trata de precaver con la indignidad que establece, siguiendo los principios del Art. 11.- De modo que si un heredero o legatario ha prometido hacer pasar bienes del causante a un incapaz de sucederle, esa simple promesa motiva la indignidad, sin que se lleve la promesa a la realidad en que, talvez sería muy difícil saber en muchos casos si un traspaso de propiedad, digamos, obedece a la promesa o a un formal contrato de esa naturaleza."No es necesario que efectivamente el legatario que hace la promesa la realice; y que para incurrir en la indignidad que le impida a él quedarse con la asignación que personalmente se le hizo, haya efectivamente entregado al incapaz, los bienes a éste destinados por el testador que, no pudiendo dejarlos públicamente, pclam, ha buscado este medio de dejárselos a escondidas, Clam". (CLARO BELLA, LUIS, ob. cit. pág. 103).

Pero debe conocer la causal de incapacidad el promitente, pues de otro modo no obraría dolosamente. Y la expresión usada por la ley, "en cualquiera forma", dá a entender que ya le prometía traspasar directamente los bienes o parte de ellos que recibió del causante, ora los venda y con el dinero compre otros que le traspasa el incapaz, o le promete quedarse el promitente con los bienes que le asigna el de cujus y cederle de los suyos al incapaz, en cualquiera forma en que prometa, proceder para burlar las prohibiciones legales, se haría indigno.

Es el caso de la interpósita persona a que alude el Art. 967, que aunque trate de probar que no lo ha hecho, eso de prometer, en fraude de la ley, sino, por ejemplo, para no contrariar al amigo moribundo, no se dejaría de aplicar la ley que establece la indignidad.

Pero si es la persona de las que indica el inc. 2º del Art. 1327, esto es, de las que por temor reverencial se vieron precisadas a hacerle la promesa al causante para

no desagradarle y porque le deben su-misión y respeto, como la ley estimula el respeto y obediencia y aún lo preceptúa (Arts. 230 y 238) ello no violaría la promesa que los hijos hicieran a sus padres, y si hasta ahí llegan no se configuraría la causal de indignidad. Para que naciera sería necesario que se dieran a cumplir la promesa, puesto que entorpecido ya no tendrían motivo para obedecer al temor reverencial puesto que su padre o madre habría fallecido.

Dijimos que había otras causales de indignidad de personas por el Código. Pero las contenidas en los Arts. 119 y 295 fueron ya vistas al estudiarse el Libro I y de la contenida en el Art. 1206 ya hemos dicho algo. Queda por examinar únicamente la del Art. 992 que reza: No tendrá parte alguna en la herencia abintestata el cónyuge que de hecho y sin justa causa abandonare a su marido o mujer, a menos que después se hayan reconciliado.

Exige la ley que el abandono sea, en primer lugar, de hecho, esto es, un abandono físico que consiste en retirarse del hogar común, violando así el deber de convivencia; y que además sea sin justa causa, es decir, que no huya de un motivo atendible para que el cónyuge culpable abandone al otro. Si viven en un lugar peligroso por lo insalubre o por cualquier otra causa, y uno de ellos se va dejando al otro cónyuge, que no atiende las razones del primero, la ley exige la convivencia hasta el grado de que peligre la salud o la vida de uno de los casados. Antes están estos valores y después los deberes conyugales. Por eso, si está en esta situación el que abandona de hecho al otro, no le alcanza la causal de indignidad. La justa causa debe apreciarla el Juez conforme la prueba en cada caso, pues a pesar de que los casados están obligados a la convivencia conforme el Art. 183, habrá razones poderosas alguna vez, que los impidan a no cumplir con ella.

Pero si después del abandono de hecho y sin justa causa los cónyuges vuelven a juntarse; esa decisión de ellos

indica que se han perdonado o por lo menos que han consentido en el olvidar el agravio; y por eso la indignidad no opera entonces.

Es exclusiva esta causal de la sucesión abintestada pues las demás se dan para las dos clases de sucesión, ¿nos intriga que si una persona dispuso de sus bienes y éste fue abandonada por su respectivo cónyuge, a quien había favorecido como heredero, no se pueda alegar contra él la indignidad. ¿Por qué ello?. Entiende la ley que el testador al hacer la disposición o sabiendo es porque voluntariamente lo perdonó. El mismo criterio, es suma, según el que conforme el Art. 974, no puede alegarse la indignidad por entenderse el perdón. Por eso pues, solamente ha quedado para la sucesión intestada

## CAPITULO CUARTO

### 2.) DE QUIENES SON LLAMADOS A LA SUCESION INTETADA

La forma y modo en que eran llamados los herederos intestate antes de la reforma de 1902, nos parece no solo compleja sino que también injusta. Compleja porque había ordenes de sucesión en que se venía repitiendo como debían repartirse los bienes, en vez de dar una disposición directa y unitario contenido, e injusta porque se excluía persona que por la cercanía de parentesco con el de cujus, no hubiese, de haber dispuesto él, los habría favorecido con sus bienes. Justificamos, por ello, ampliamente la reforma y nos acordamos con las razones que se dieron por la Comisión respectiva en ese sentido. Daremos una ligera ojeada a algunas de las disposiciones derogadas, con el propósito de que el lector se dé cuenta de la verdad sobre lo que hemos tratado atrás, precisamente en el presente párrafo.

Decía el artículo 957 de la Edición preparada por Don Juan Belarmino Suárez, (ob. cit. pág. 145), acerca de la materia "son llamados a la sucesión intestada en los bienes y bienes que se expresarán, los descendientes legítimos del difunto; sus ascendientes legítimos; sus colaterales legítimos; sus hijos naturales, sus padres naturales, sus hijos espurios, la madre espuria, los hermanos legítimos, el conyuge sobreviviente y el Fisco".

Otro artículo, el 962, de la misma edición, decía "Los hijos legítimos excluyen a todos los otros herederos sin perjuicio de la porción conyugal que corresponde a la viuda o mujer sobreviviente". (BELARNINO SUÁREZ, ob. cit. pág. 147).

En fin, transcribimos el artículo 964, de modo que se vea que si el padre dice, no ha dejado posteridad legítima, no sucederán sus ascendientes legítimos de grado más próximo que el suyo, su mujer y sus hijos naturales, la herencia se dividirá entre los hijos naturales y el Fisco".

dos partes, dos para los ascendientes legítimos, dos para la mujer y uno para los hijos naturales. No habiendo mujer legítima, o no habiendo hijos naturales, llevarán la mitad de la herencia los ascendientes legítimos y la otra mitad la mujer y los hijos naturales. No habiendo mujer legítima ni hijos naturales, pertenecerá toda la herencia a los ascendientes legítimos.

Concurriendo ascendientes de la línea paterna y materna en un mismo grado, sucederán la herencia con igual parte aunque por una línea caiga uno solo y por otra los dos habiendo un solo ascendiente en el grado más próximo, sucumbirá éste en todos los bienes, o en toda la porción hereditaria de los ascendientes. (PRELIMINIO SÁLMER, ob. cit. p. 150).

Como se vé por las disposiciones anteriores, el orden regular de sucesión intestada entonces, era completamente injusto, como lo es el orden diano, y por eso el legislador de 1900 y la 22 de octubre de 1907, dejaron lo relativo al orden de sucesión, en la forma siguiente (Art. 968 de la ley de sucesión en vigencia). Son llamados a la sucesión intestada: 1.º los hijos legítimos, los hijos ilegítimos en la sucesión de madre, el padre legítimo, la madre legítima o ilegítima y el cónyuge sobreviviente.

2.º Los hijos naturales en la sucesión del padre, los abuelos y demás ascendientes legítimos; la madre por parte de la madre, aunque una y otra sean ilegítimas; los hijos ilegítimos por parte de madre, ya sea ésta ilegítima o legítima; la madre ilegítima por parte de padre legítimo y el padre natural que haya reconocido voluntariamente a su hijo, y con el que éste haya aceptado el reconocimiento.

3.º Los hermanos legítimos por parte de padre y de madre, los hermanos ilegítimos y adoptivos.

4.º Los hijos legítimos de la hermana leal, y los hijos ilegítimos.

50.- Los hermanos legítimos del padre legítimo y de la madre legítima o ilegítima, y los hermanos ilegítimos de uno de los padres legítimos y de la madre legítima o ilegítima.

60.- Los primos hermanos legítimos.

70.- La Universidad y los Hospitales;

Y las razones que tuvo el legislador de 1902 para introducir tan importantes reformas, constan en la siguiente nota: "Las principales innovaciones, dice, que la Comisión propone en el arreglo de sucesión intestada, se reducen a los puntos siguientes:

10.- Que en la sucesión de la madre no se haga distinción entre los hijos legítimos y los ilegítimos;

20.- Que los descendientes legítimos no excluyan a los padres ni al cónyuge sobreviviente;

30.- Que la herencia se divida por partes iguales entre las personas llamadas al mismo tiempo a la sucesión;

40.- Que los derechos de los colaterales no excedan más allá del cuarto grado;

50.- Finalmente, que a falta de parientes con derecho a heredar, se defiera la herencia a la Universidad y a los Hospitales.

En cuanto a lo primero de una verdad, fuera de duda, que el amor de las madres no hace distinción entre los legítimos e ilegítimos. La exclusión de éstos de la herencia materna, decretada por el legislador contra las naturales, se explica por el deseo de fomentar y proteger las uniones legítimas, por lo profundamente arraigado las preocupaciones sociales que hacen recaer sobre las madres las faltas cometidas por los padres, y por la errónea creencia de que las uniones irregulares habría de disminuir el rigor contra los padres y por la desgracia de no ser engendrada el cuerpo del niño. Pero la experiencia ha demostrado que la crueldad e injusticia para con los hijos naturales, es un medio absurdo



tamente ineficaz para moralizar las costumbres, y así es -- que, en esta materia se ha comenzado ya a poner de acuerdo las disposiciones del derecho civil con los dictados de la razón y los mandatos de la justicia natural.

Los Códigos de Austria, de Glaris y de Costa Rica, disponen que los hijos ilegítimos tengan en la sucesión de la madre los mismos derechos que los legítimos.

Según las leyes de Portugal, los hijos naturales tienen una porción igual a la de los legítimos, si fueren reconocidos después del matrimonio del intestado, y les dos tercias partes de dicha porción si el reconocimiento fue anterior. Disposiciones análogas tiene el Código Mexicano.

Los Códigos de Francia, Holanda, Italia, Ginebra y Guatemala, llaman a los hijos naturales junto con los legítimos si bien concediéndoles una parte menor de la que éstos se designa.

El Código de Chile, el nuestro y otros varios de la América Española, calcados en aquél, no llaman a los hijos ilegítimos sino a falta de posteridad legítima.

Entre los diversos sistemas indicados, la Comisión propone el que le parece más conforme con los sentimientos que ordinariamente determina la designación de herederos, -- ya que la voluntad presunta del finado debe ser el principio que presida en la reglamentación de las sucesiones intestadas.

En este mismo principio se apoya la segunda de las innovaciones en referencia, por grande que sea el afecto -- de los padres hacia los hijos, no es mayor que el que se profesan el marido y la mujer, ni excluye tampoco las obligaciones que el amor y el agradecimiento imponen a los hijos respecto de los padres.

La tercera de las reformas propuestas se explica no menos fácilmente. Las diversas proporciones establecidas -- por el Código, según sean las personas llamadas en cada caso

a la sucesión intestada, son de suyo arbitrarias; no hay ninguna regla fija que sirva para determinarlas, y por su diversidad y complicación, sobre todo cuando llegan a confundirse dos o más herencias, pueden ser causa de innecesarias dificultades en la separación y distribución de los patrimonios. Lo más sencillo, por consiguiente, es dar una sola regla para todos los casos; que sean iguales las partes de los herederos llamados a la sucesión en el mismo grado.

Por último, 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 le Comisión es de parecer que, no habiendo consanguíneos dentro del cuarto grado ni descendientes legítimos de ellos, la herencia del intestado se destine a la Universidad Nacional y a los hospitales". (BELARMINO SUAREZ. ob. cit. págs. 147 y siguientes). Además de lo dicho por la Comisión, es notorio que los hijos naturales suelen más favorecidos con la reforma, puesto que antes de ella venían después de los colaterales y estaban en cuarto lugar, mientras que ahora, si no hay hijos legítimos, ellos ocupan su lugar. También conforme la reforma de octubre de 1903, se avanzó en lo referente a los sobrinos ilegítimos de la hermana legítima y legítima uterina, ya que antes ese numeral incluía los hijos legítimos de los hermanos uterinos ilegítimos, que, propiamente, entran por representación en la línea colateral.

Sin embargo, la descendencia natural y la ilegítima es generalmente excluida, así como se le excluye, como acabamos de ver, en el derecho de representación. Pero ahora que hay una disposición constitucional, la comprendida en el artículo 180 C.P. que busca darles a los hijos nacidos fuera de matrimonio y aún a los adoptivos iguales oportunidades, nos que debe reformarse la legislación respecto a ellos

que puedan también tener parte en la sucesión de sus ascendientes, en igualdad de condiciones con la descendencia legítima. El artículo 989 es una confirmación de las razones transcritas por la Comisión que presentó las reformas en 1902, pues expresa que los herederos enumerados en el artículo precedente, preferirán unos a otros por el orden de su numeración de manera que sólo a falta de los llamados en el número anterior, entrarán los designados en el número que sigue, y la herencia se dividirá por partes iguales, entre las personas comprendidas en cada número, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente o sea el 990 que dice que si el padre no dejare posteridad legítima, pero si hijos naturales, concurrirán éstos con las otras personas designadas en el número 10. del artículo 968, con los mismos derechos que si fueran legítimos; sin perjuicio también de lo dispuesto en el artículo 986, que trata de la representación en cuyo caso, según hemos explicado, los de parentesco o grado más lejano concurren o pueden concurrir con los de grado más próximo. Obsérvese que los hijos naturales prácticamente entran siempre en el primer lugar, a falta de los legítimos y puesto que faltando éstos, concurren con las otras personas llamadas en ese primer grado, faltando todas ocurre lo mismo.

Pero qué quiere significar el artículo 990, cuando dice: en su parte final que los hijos naturales, a falta de legítimos, concurrirán con las otras personas del numeral primero "con los mismos derechos que si fueran legítimos". Desde luego uno de los derechos que si fueran legítimos será el de dividir con los otros herederos por partes iguales la herencia, pero eso no era necesario decirlo y puesto que lo había dejado en claro el 989. Tampoco era preciso aclararlo si se trata de que ellos tienen derecho en caso de acrecimiento. Creemos por eso que esa parte final de la disposición sobra y que, seguramente, sólo se introdujo por el afán de precisar, en vista de la legislación anterior que algunas veces colocaba en situación de inferioridad a

los naturales, como ocurría cuando el padre no había dejado posteridad legítima, en que le sucedían los ascendientes de grado más próximo, su mujer y sus hijos naturales, dividiéndose la herencia en cinco partes, o sea dos para los ascendientes, dos para la mujer y solo una parte para los hijos naturales.

El artículo 991 contiene una excepción respecto a lo que dispone el artículo 989, puesto que cuando son herederos intestados la Universidad y los hospitales, corresponde la mitad de la herencia a la primera y la otra 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 si el difunto no hubiere tenido nunca domicilio en el territorio de la República, la mitad corresponderá al hospital de San Salvador. Es clara que a la fecha, en que hay más de un hospital la herencia debiera repartirse entre ellos si se tratara de algo cuantioso, o entre los que se señalaran, según las necesidades en caso de ser la herencia menor de cierta cuantía.

B) MODO DE PROCEDER CUANDO LA HERENCIA ES PARTE TESTADA Y PARTE INTESTADA.

Según dijimos antes, la forma testamentaria es la propia, viniendo a ser la intestada una manera supletoria de interpretar la voluntad del de cujus. Esto según los principios, pues en la realidad es fácil constatar que es la última forma la que mas se dá, seguramente por falta de previsión y aún hay temor en las personas disponer de lo suyo teniendo presente su deceso; aun el mas animoso flaquea ante el misterio de lo desconocido.

Pues bien, dispone el artículo 993 que cuando en un mismo patrimonio se ha de suceder por testamento y abintestato, se cumplirán las disposiciones testamentarias, y el remanente se adjudicará a los herederos abintestato según las reglas generales. Prevalcerá sobre todo ello la voluntad expresada del testador, en lo que de derecho corresponda.

Está pues, de acuerdo esta regla con lo que acaba de decir, esto es, que priva la voluntad del causante sobre lo que -- dispone la ley. Pero la parte final de este Art. parece no tener sentido actualmente, porque si antes se expresa que - se cumplirán las disposiciones testamentarias y el resto, - esto es, lo que no fue objeto de una expresión de voluntad se adjudicará a los herederos abintestato, ello implica cla- ramente que prevalece la voluntad expresa del testador, vo- luntad que siempre debe ser expresa, salvo que haya oscuri- dad en el manera de disponerse, ya que entonces debe recu- rrirse a la interpretación conforme el Art. 1051. Más senti- do ofrecía esa parte final cuando antes de la reforma de --- 1902 existía un segundo inciso que a la letra decía: "Pero los que sucedan a la vez por testamento y abintestato, impu- tarán a la porción que les corresponda abintestato lo que - recibieron por testamento, sin perjuicio de retener toda la porción testamentaria, si excediere a la otra". Más sentido ofrecía entonces, porque si el testador decía que era su -- voluntad de que lo dejado expresamente no pudiera perjudi- car lo que cupiere al heredero si moría en parte intestada- mente, entonces aparecía claro que debía estarse a su volun- tad expresa. El caso en que deja el testador el arbitrio -- del heredero una u otra cosa de las que le señala, talvez - sería un ejemplo. De todos modos, quiere la ley con ese in- ciso final no dejar dudas sobre que, en caso de discordia, no debe recurrirse a una posible voluntad tácita para pre- tender que se haga cosa diferente a la que indica el primer inciso.

Y las razones que tuvo el legislador para suprimir - el segundo inciso indicado son las siguientes: "Este Art. - dijo, después de admitir en el primer inciso que se puede - suceder a una persona por testamento o abintestato, estable- ce en el segundo una restricción, según la cual el heredero que participa de los dos títulos, no lleva en ningún caso --- las dos porciones que les corresponderán por el testamento y por la ley, sino una sola, la mayor, Tal restricción no -

tiene, a juicio de la comisión, un fundamento justo, pues nada hace presumir que el defunto de cuya sucesión se trata, haya querido limitar el derecho de sus herederos a la parte de bienes que les deja en el testamento, o a la parte que les corresponde abintestato. Al contrario, lo que debe suponerse es que una persona al disponer de sus bienes, tiene en cuenta que al tiempo de morir, pueden ser mayores de lo que él supone, y que si no manifiesta su voluntad acerca del exceso, es porque se conforma con las reglas establecidas por la ley. Por estas razones, y en vista de las dificultades que en la interpretación del inciso segundo de que se trata han ocurrido, se ha creído conveniente suprimirlo aceptando el principio consignado en el inciso primero, sin más restricción que la voluntad del testador, que prevalece ante todo según lo dice el inciso tercero". (BELARMINO SUAREZ, ob. cit. pág. 156).

Cabe recordar que este principio de la forma testada e intestada coetanea, no se admitía entre los romanos, pero que como no había razón para mantener semejante criterio, según dijimos en otra parte, nuestro Código se pronunció por la coexistencia de los dos "Títulos" como lo expresó la comisión en su oportunidad.

## CAPITULO QUINTO

### a) DE LAS SUCESIONES DE LOS EXTRANJEROS Y FORMA DE LLAMAMIENTO.

Es indudable que el contenido del Art. 994, viene a ser en el fondo, una repetición innecesaria de lo que ya se había indicado en el Art. 55, es decir, de que la ley no reconoce diferencias entre salvadoreños y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla el Código. Pero, a riesgo de ser redundante, el legislador quiso dejar en claro que entre nosotros no rige el principio que en otro tiempo prevalecía en países, como Francia, que excluía a los extranjeros de las sucesiones abiertas allí, salvo reciprocidad, u que disponía que cuando había personas no francesas con presunto derecho, por su parentesco con el de cujus, a la sucesión, ésta debía corresponder según la época, o al señor feudal, o al rey o al estado. Era lo que se llamaba cubana o derecho de albinagio, que con el tiempo, tuvo que ser borrado de aquella legislación puesto que daba lugar a que los capitales extranjeros se abstuvieran de ser invertidos en Francia, dado que sus propietarios sabían que en caso de muerte, sus parientes, para los que acaso ellos trabajaban, no tendrían nada, y ello era en perjuicio de la economía nacional.

"La cubana, según su acepción primitiva, era la sucesión por el señor feudal, después por el monarca y finalmente por el Estado, en los bienes del extranjero que fallecía; y que llegó a comprender los tres casos siguientes; 1o. Cuando un extranjero transeunte moría dentro del país con testamento o sin él; 2o.- Cuando un extranjero domiciliado, o ya naturalizado, moría abintestato o sin dejar herederos regnícolas; 3o. Cuando un súbdito propio que renunciaba a la nacionalidad moría en país extranjero. En el primer caso, el transeunte podía adquirir y disponer por contrato entre vivos; pero no podía testar, ni transmitir abintestato sus bienes, así como no podía adquirir por causa de mu-

te herencias o legados"; vive libre, pero muere sirvo "liber vivit; servus moritur, decía un adagio de la jurisprudencia francesa. En el segundo caso, especialmente si el extranjero no estaba aún naturalizado por cartas reales, sucedía el reo o el Estado, si moría intestado sin dejar herederos regnícolas. En el tercer caso los bienes que dejaba en el país pasaban al rey o al Estado si no quedaban herederos indígenas con capacidad civil para recibir". (CLARO SOLAR, LUIS, ob. cit. pág. 285).

Pero ya dijimos que entre nosotros no rige ese principio, y debemos agregar que en la Constitución Política, - en el Art. 150, se establecieron forma clara que en cuanto al goce de los derechos civiles no se podrá establecer restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad.

Por lo anteriormente escrito dice el Art. que comentamos, 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.

b) COMO HACER EFECTIVOS LA HERENCIA Y ALIMENTOS DE LOS SALVADOREÑOS EN LAS SUCESSIONES DE LOS EXTRANJEROS.

El Art. 995 reza así; "En la sucesión abintestato de un extranjero que fallezca dentro o fuera del territorio de la República, tendrán los salvadoreños a título de herencia, o de alimentos, los mismos derechos que según las leyes salvadoreñas les corresponderían sobre la sucesión intestada de un salvadoreño. 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 del extranjero. Los mismos se aplicará en caso necesario a la sucesión de un salvadoreño que deja bienes en país extranjero".

¿Que se ha querido decir con la expresión "que fallezca dentro o fuera del territorio de la República"? Porque -



el hecho de que el deceso ocurra en El Salvador o fuera de él, realmente no tiene relevancia alguna. En cambio si se atiende a que el fallecimiento se efectúe teniendo el extranjero su domicilio dentro o fuera del territorio nacional, las consecuencias si varían conforme el Art. 956, pues según sucedan en uno u otro caso deberá regirse por la ley del domicilio. De consiguiente, la declaración contenida en el inciso primero del Art. transcrito, tiende a precisar que sea que el extranjero tenga su vecindario entre nosotros o lo tenga fuera del país, los herederos suyos y los alimentarios tienen derecho a la sucesión que deje, del mismo modo que lo dispone normalmente para la sucesión del salvadoreño que fallece dejando entre nosotros bienes y teniendo su último domicilio en El Salvador.

En efecto, teme nuestra ley que los herederos o alimentarios salvadoreños en la sucesión de un extranjero, puedan salir perjudicados con la aplicación de una ley extranjera, que, tal vez, les niegue o les deje reducida la porción que conforme a nuestra legislación les correspondiera, y por eso hace dicha declaración que, si no se complementara por lo que a continuación dice el inc. segundo, sería letra muerta.

De modo pues, que el caso que contempla primordialmente el precepto transcrito es el siguiente: fallece un extranjero teniendo su último vecindario fuera del país; y deja parientes salvadoreños que tienen derecho a la herencia intestada, sea como heredero o ya como alimentarios. Esta sucesión tendría que regirse de acuerdo con la ley del lugar en donde se abrió la sucesión que es la regla general según el Art. 956. Pero nuestro legislador hace excepción en la disposición que comentamos, disponiendo que esos salvadoreños tengan, en tal sucesión, los mismos derechos que concede la ley salvadoreña. Y para hacer realidad esto indica que los interesados pueden pedir, esto es, tienen derecho a solicitar a la autoridad judicial salvadoreña compe-

tente, que de los bienes que ha dejado el extranjero en nuestro territorio se les de lo que en concepto de herederos o alimentarios les corresponde de acuerdo con nuestra propia ley.

Y si al mismo tiempo hay bienes en el país en donde la sucesión se abre, resultará que la herencia se regirá en parte por la ley de ese país y en parte por la nuestra. Y si el que muere solo deja bienes en el extranjero y quedan herederos o alimentarios salvadoreños, lo que resuelva la ley salvadoreña a favor de estos, o no será acatado por los tribunales extranjeros o puede serlo en virtud de lo que el Estado disponga por consecuencia de tratados o por motivos de reciprocidad.

Podría ocurrir también que habiendo fallecido el extranjero en El Salvador, y la sucesión se hubiera abierto aquí, no tuviera sin embargo bienes en el extranjero. No hay duda que la sucesión estaría regulada por nuestra ley y que lo que aquí se resolviera por la autoridad judicial correspondiente, tendría que perseguirse por los respectivos canales que se pusiera en ejecución en el país de la situación de los bienes. O sea que se trataría del caso de cumplimiento de sentencia en que se hace uso del exequatur. La otra posición que contempla la ley es la de que el extranjero muera con domicilio en El Salvador, en cuyo caso los herederos salvadoreños no encontrarían problemas alguno de haber bienes aquí pues sería en todo la situación semejante a la normal y corriente, y lo mismo pasaría respecto a los herederos extranjeros. Obsérvese que este Art. será invocado por los salvadoreños, solamente cuando de alguna manera aplicándoles las leyes del lugar de la apertura de la sucesión, salgan ellos con menores derechos o con ninguno. Pero si la ley extranjera los concede mayores, ¿podría el salvadoreño interesado solicitar que de los bienes situados en El Salvador se le dé lo que le toca conforme a la ley extranjera?. Desde luego que no, puesto que nuestra legisla-

ción solo entiende proteger a los nacionales facilitándoles que puedan hacer efectivos sus derechos en la cuantía que la ley nuestra regula. De modo que lo que si podrían hacer es renunciar a su ley nacional y acogerse a la extranjera que les da mejores derechos. Naturalmente que el único caso en que trataría el salvadoreño de protegerse bajo la ley nuestra sería aquel en que en el país de la apertura de la sucesión, no hubiera bienes suficientes y quisiera por eso él - que con los bienes aquí situados se le hicieran efectivos - sus derechos.

En resúmen, para resolver de la aplicación de este Art. es preciso contemplar el hecho de la apertura de la sucesión en el extranjero, con herederos salvadoreños.

Y si se trata de un salvadoreño cuya sucesión se abre afuera, el hecho de serlo no varía los casos contemplados, si es que se ha dejado herederos salvadoreños, que son los que se trata de proteger la ley, independientemente de si el difunto haya sido nacional o extranjero.

Hay acuerdo, por otra parte, sobre que no obstante - que la disposición comentada se refiere a la sucesión testamentaria, pues no habría razones atendibles para negarle a un salvadoreño, si lo solicita, que se le pague con los bienes existentes en el país, lo que le corresponde en la sucesión abierta en el extranjero. Sería ésta una interpretación por semejanza.

=====