

Desde los tiempos de la legislación Romana se ha igualado siempre el momento de la concepción al del nacimiento, pues como hemos dicho antes, por una ficción se tiene por nacido al individuo que es procreado, siempre que se trata de su provecho y utilidad; y tal ficción se halla sancionada por el artículo 12 del Código Civil que declara, que la capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento, pero que desde el momento en que un individuo es procreado, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el mismo Código.<sup>1</sup>

Pero esta ficción cesa si el individuo concebido no nace viable, esto es, con las siguientes condiciones que determina el artículo 327 del Código:

- 1.<sup>a</sup> Que se haya desprendido enteramente del seno materno:
- 2.<sup>a</sup> Que nazca con figura humana:
- 3.<sup>a</sup> Que viva veinticuatro horas:
- 4.<sup>a</sup> Que dentro de ese período se presente al Registro Civil.<sup>2</sup>

Cesa también esa ficción cuando el nacimiento se opera después de trescientos días contados desde la muerte del autor de la herencia, porque no pudiendo durar el embarazo más de trescientos, según las leyes de la naturaleza, es evidente que el individuo que nace después de ese período, á contar desde la muerte del testador, no estaba concebido cuando este suceso se verificó.

Cuando el individuo concebido no nace viable, cesa la ficción á que nos referimos, porque siendo imposible su existencia, es incapaz de adquirir ningún derecho, y se tiene como si no hubiera nacido.

El artículo 3,427 del Código Civil establece una excep-

1 Art. 11, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 303, Cód. Civ. de 1884.

ción al principio que sanciona el precepto cuyo examen hemos venido haciendo, pues declara, que no obstante lo dispuesto por éste, será válida la disposición hecha en favor de los hijos que nacieren de ciertas y determinadas personas vivas al tiempo de la muerte del testador; pero que no valdrá la que se haga en favor de descendiente de ulteriores grados.<sup>1</sup>

Esta excepción, que no tiene precedentes en nuestra legislación, fué tomada del artículo 1,777 del Código Portugués, la cual se explica fácilmente por el sistema adoptado por aquél, pues según el artículo 1,741, no producen efecto alguno las disposiciones hechas en favor de personas inciertas, que por algún motivo no pueden hacerse ciertas, de donde se infiere que pueden instituirse personas inciertas que pueden tornarse ciertas, como los hijos por venir de determinados individuos.

Pero entre nosotros no se puede invocar un precedente semejante, porque no está sancionado por nuestra legislación, y no podemos justificar esta excepción sino copiando los conceptos expendidos por Díaz Ferreira al ocuparse del artículo 1,777 del Código Portugués.

«La mayor parte de nuestros jurisconsultos, dice, fundándose en la legislación Romana, sustentaban que, para que alguno pudiera recibir por testamento, era indispensable que, por lo menos, estuviera concebido al tiempo de la muerte del testador. Este principio del derecho Romano pasó al artículo 906 del Código Civil francés, y sus respectivos comentaristas le dieron como fundamento que no podía efectuarse cualquier transmisión entre personas, que no coexistieran simultáneamente, en un solo instante.»

«Otros, reconociendo que ésta era una disposición del de-

1 Art. 3,290, Cód. Civ. de 1884.



recho antiguo, decían, que llamando la Novela 118 á la sucesión los nietos y demás descendientes, sin distinción entre nacidos y por nacer, permitía instituir á los que aun no han nacido, pero que se espera que nazcan, adoptando así poco más ó menos la jurisprudencia hoy reconocida por el artículo 1,777.»

Por razón de delito son incapaces de adquirir por testamento ó intestado:

1.º El condenado por haber dado, mandado ó intentado dar muerte á la persona de cuya sucesión se trate, ó á los padres, hijos ó cónyuge de ella:

2.º El que haya hecho contra la persona referida acusación de delito que merezca pena capital ó prisión, aun cuando aquélla sea fundada, si fuere su descendiente, su ascendiente, su cónyuge ó su hermano; á no ser que el acusador salvara su vida ó la de alguno de sus descendientes ó ascendientes, ó hermanos ó cónyuge:

3.º El cónyuge que sobreviva y haya sido declarado adúltero en juicio, durante la vida del otro, ó que estuviere divorciado y hubiere dado causa al divorcio, si se tratare de la sucesión del cónyuge difunto:

4.º La mujer condenada por adulterio en vida de su marido, si se tratare de la sucesión de los hijos legítimos habidos en el matrimonio en que cometió el adulterio:

5.º El padre y la madre respecto del hijo expuesto por ellos:

6.º El que hubiere cometido contra el honor del difunto, de sus hijos, de su cónyuge ó de sus padres, un atentado por el que deba ser castigado criminalmente, si así se declara en juicio:

7.º El que usare de violencia con el difunto para que haga, deje de hacer, ó revoque su testamento:

8.º El padre ó la madre respecto de sus hijos naturales

y espurios y de los descendientes de éstos, si no ha reconocido á aquéllos:

9.º Los declarados incestuosos siempre que se trate de la sucesión del uno respecto del otro:

10.º El que conforme al Código Penal fuere culpable de suposición, supresión ó sustitución de infante, siempre que se trate de la herencia que debía corresponder á éste ó á las personas á quienes se haya perjudicado ó intentado perjudicar con esos actos:

11.º El cómplice del cónyuge adúltero siempre que se trate de la sucesión de éste, si ha recaído sentencia judicial antes de la muerte del autor de la herencia.<sup>1</sup>

Antes de hacer brevemente el estudio de las causas de incapacidad que hemos enumerado, debemos advertir:

1.º Que la incapacidad es una pena, y como tal, de estricta aplicación, y por tanto, que no puede extenderse á otros casos distintos de los expresamente designados por la ley ni aun por razón de analogía ó de identidad de razones:

2.º Entre los casos que hemos indicado, siguiendo la enumeración hecha por la ley, se encuentran dos que se refieren á hechos que no constituyen delitos, según nuestra legislación penal vigente; y por tanto, se les ha enumerado malamente entre las causas que producen incapacidad que proviene de delito.

Tales son la falta de reconocimiento de los padres á los hijos naturales y espurios y el incesto. El primero de esos hechos se explica perfectamente, porque sin el reconocimiento de los hijos ilegítimos por los padres no hay parentesco, y por tanto, tampoco hay derecho á heredar; y en cuanto

<sup>1</sup> Art. 3,291, Cód. Civ. de 1884. Reformado en los términos siguientes:

«El padre ó la madre respecto de sus hijos naturales ó espurios, y de los descendientes de éstos, si no han reconocido ó designado á aquéllos.»

La reforma tuvo por objeto poner en armonía este precepto con el sistema del Código, según el cual no se reconocen, sino se designan á los hijos espurios.



al incesto, la ley lo ha estimado solamente como circunstancia calificativa del delito de violación y no como un delito especial como se clasificaba por nuestra antigua legislación (Art. 799, Cód. Pen.).

En consecuencia, fuera del caso del delito de violación cometido por un ascendiente, ó descendiente ó por un hermano, no puede existir la causa de incapacidad á que nos referimos; y en tal caso sería injusta respecto de la víctima del delito, porque la privaría del derecho legítimo de heredar á quien le causó una afrenta y un mal imposible de reparar.

A nuestro juicio, esa causa que es una transacción hecha con los principios establecidos por nuestras antiguas leyes, no debe existir, excepto en el caso indicado, y sólo respecto del autor del delito de violación, porque fuera de él, ni aun siquiera se permite investigar la existencia del incesto, por respeto á la moral pública que sufriría más con el descubrimiento y publicidad de ese hecho altamente inmoral.

La falta de reconocimiento de los hijos naturales y espurios por sus padres, nos parece enteramente inútil como causa de incapacidad; porque si se trata de la sucesión *ab-intestato* no pueden pretender los padres la herencia, porque es imposible para ellos probar su parentesco por la presentación de la acta respectiva del Registro Civil; y si se trata de la sucesión testamentaria, no se puede tomar en consideración la incapacidad proveniente de la causa mencionada, sino investigando la filiación ilegítima del testador, lo cual está absolutamente prohibido por la ley.

Además, puede ser ocasionada á que por ella se cometan injusticias, como sucedería en el caso en que los padres no presentan á los hijos naturales y espurios al juez del estado civil, haciendo el reconocimiento de ellos en toda forma, y sin embargo, siempre los han tenido á su lado y los han educado, dándoles un establecimiento y su nombre en la sociedad.

Viniendo á las demás causas de incapacidad que hemos enumerado, diremos respecto de la primera, que se funda en la consideración de que sería inmoral que el homicida sucediera á su víctima, y que, según los términos empleados por la ley para expresarla, es indispensable la concurrencia simultánea de dos requisitos para que exista y pueda ser tomada en consideración: 1.º que el heredero haya sido condenado, esto es, que haya sido juzgado y sentenciado, imponiéndosele una pena; y 2.º que ésta se le haya impuesto por haber dado, mandado ó intentado dar muerte á la persona de cuya sucesión se trate, ó á los padres, hijos ó cónyuge de ella.

En consecuencia, no habrá incapacidad en todos aquellos casos en que no puede haber condenación; por ejemplo, en el caso de legítima defensa, que hace inculpable el homicidio.

Por idéntico motivo no hay incapacidad en el caso de que el homicida haya cometido el delito en estado de enajenación mental, ó concurriendo cualquiera otra de las circunstancias que son excluyentes de la responsabilidad penal.<sup>1</sup>

Es también consecuencia del mismo principio, que no hay incapacidad cuando el homicida muere sin ser condenado, y por tanto, que sus herederos adquieren derecho á la herencia del occiso, ó cuando se extingue la acción penal por prescripción ó por amnistía, circunstancias que impiden la condenación del culpable.<sup>2</sup>

1 Chabot, Des Succetions, art. 727, núm. 4; Toullier, tomo IV, núm. 106; Duranton, tomo VI, núms. 90 á 92; Demolombe, tomo XIII, núm. 229; Aubry y Rau, tomo VI, §593, nota 66; Laurent, tomo IX, núm. 4; Thiry, tomo II, núm. 30; Leseyller, tomo I, núm. 117.

2 Laurent, tomo IX, núm. 5; Aubry y Rau, tomo VI, §593, notas 4 y 12; Thiry, tomo II, núm. 30; Huc. Commentaires au Code Civil, tomo V, núm. 43; Leseyller, tomo I, núm. 121; Demolombe, tomo XIII, núm. 235; Duranton, tomo VI, núm. 97; Favard de Laglade Repertoire, V, Indignité; Toullier, tomo IV, núm. 108; Chabot, art. 727, núm. 8; etc., etc.



De los mismos términos empleados por la ley para determinar la causa de incapacidad, á que nos referimos, se infiere claramente que ésta sólo existe cuando el heredero mata voluntariamente al autor de la herencia, y por tanto, que no está afectado de ella cuando el homicidio es accidental ó de culpa, porque en uno y en otro caso falta la intención deliberada de perpetrarlo, y sólo es el efecto de una desgracia ó de una imprudencia, que excluyen la voluntad deliberada de perpetrarlo.<sup>1</sup>

La segunda causa de incapacidad se funda en la consideración de que el ascendiente, descendiente, cónyuge ó hermano del autor de la herencia rompe los vínculos de afecto y gratitud que lo unen con éste, acusándolo de un delito que merece la pena capital ó la de prisión, cuando por razón de ellos lo exonera la ley de toda responsabilidad penal si guarda silencio y no denuncia al culpable.

Además, es inmoral que esas personas gocen de los bienes de aquel á quien tan grave mal causan haciéndole perder ó poniéndolo en peligro de perder la vida, ó la honra, ó la libertad, y aun sería peligroso permitirles que sucedieran al acusado, porque esa facultad se podría convertir en un medio para heredarlo prematuramente, ó para arrancarle una parte de su fortuna.

La fracción segunda del artículo 3,428 del Código que establece esta causa de incapacidad emplea la palabra *acusación* que no es apropiada para expresar la mente del legislador, sobre todo, desde la vigencia del actual Código de Procedimientos Penales, cuyo artículo 52 sólo reconoce y autoriza para incoar los procesos, dos medios: el de oficio

<sup>1</sup> Laurent, tomo IX, núm. 4; Chabot, loco citato, núm. 4; Poujol, art. 727, número 3; Demolombe, tomo XIII, núm. 230; Aubry y Rau, tomo VI, §593, nota 1; Thiry, tomo II, núm. 311; Huc, tomo V, núm. 43; Leseyller, tomo I, núm. 117; Marcadé, tomo III, núm. 61; Toullier, tomo IV, núm. 106; Delvincourt, tomo II, página 26, nota 1; Durantón, tomo VI, núm. 94; etc., etc.

y el de querrela necesaria, que sólo se requiere en aquellos casos en que se trata de los delitos de calumnia, difamación, adulterio y otros que antiguamente se designaban con el nombre de delitos privados.

La mente del legislador es que exista la causa de incapacidad á que nos referimos, siempre que de cualquiera manera, por denuncia, revelación, querrela, constituyéndose ó no parte civil el heredero, presta motivo para la incoación de un proceso contra el autor de la herencia por delito que merezca pena capital ó prisión.

De los mismos términos en que está redactada la fracción del artículo 3,428 del Código, á la cual nos referimos, se infiere:

I. Que la causa de incapacidad indicada existe solamente cuando el delito imputado al autor de la herencia se castigue con la pena capital ó de prisión, pero no cuando la ley le imponga la de arresto mayor ó menor, la de multa ó cualquiera otra pena:

II. Que tal causa de incapacidad sólo existe respecto de los herederos, descendientes, ascendientes, cónyuge ó hermanos del autor de la herencia; y por tanto, que cualquier otro heredero colateral ó extraño no incurre en la incapacidad si denuncia, revela ó se querrela de delito perpetrado por aquél que se castigue por la ley con las penas de prisión ó de muerte.

Pero la causa de incapacidad á que nos referimos no es absoluta, pues admite excepción cuando el heredero se ve obligado á acusar, denunciar, revelar ó á querrellarse del delito perpetrado por el autor de la herencia para salvar su propia vida ó la de alguno de sus descendientes ó ascendientes, cónyuge ó hermanos; porque no se le puede exigir que lleve su gratitud y abnegación hasta el sacrificio de la propia existencia ó el de la de los seres para él más queridos.



Para concluir estas observaciones, debemos advertir que, á nuestro juicio, la primera de las consecuencias que hemos establecido, y que es perfectamente lógica, nos demuestra que el precepto del cual se deriva no es igualmente justo; porque si bien es cierto que es menor el mal que se causa al autor de la herencia por la imputación de un delito que merece una pena menor que la de prisión, también lo es que la conducta del heredero denunciante del delito demuestra que es indigno del afecto y de la liberalidad de aquél.

A nuestro juicio, el precepto sería perfectamente justo si declarara la existencia de la incapacidad del heredero por la acusación de cualquier delito, aunque sea fundada, contra el actor de la herencia, si éste es su ascendiente, descendiente, su cónyuge ó hermano.

La segunda es igualmente lógica y justa, porque todo ciudadano tiene el indispensable deber de prestar auxilio para la averiguación de los delitos y persecución de los culpables, menos los cónyuges, ascendientes, descendientes ó parientes colaterales de ellos, según lo declara expresamente el artículo 13 del Código Penal.

Por tal motivo, declara el artículo 3,429 del Código Civil, que en el caso de acusación, si el difunto no fuere descendiente, ascendiente ni cónyuge del acusador, es necesario que la acusación sea declarada calumniosa para que exista la incapacidad.<sup>1</sup>

Este precepto nos sugiere las dos observaciones siguientes:

I. Que á nuestro juicio, es incompleta la enumeración que hace de las personas que incurrir en la pena de incapacidad para heredar al establecer la necesidad de que la

<sup>1</sup> Art. 3,292, Cód. Civ. de 1884.

acusación sea declarada calumniosa, porque no incluye á los hermanos enumerados en la fracción II del artículo 3,428 de Código Civil, juntamente con los ascendientes, descendientes y el cónyuge del autor de la herencia como incapaces para heredar por haber acusado á éste de delito que merezca pena de muerte ó de prisión.

Si los hermanos del autor de la herencia no están obligados por la ley penal á denunciarlo y no incurrir por su silencio en delito alguno, es claro que si lo denuncian cometen una gravísima falta contraria á los vínculos de afecto que deben existir entre los miembros de una misma familia, y que nunca ni por ningún motivo debe ser excusada.

A nuestro juicio, la justicia y la equidad exigen que el hermano que acusa al hermano de delito que merezca pena capital ó prisión, cuando la ley no lo castiga por la ocultación de ese delito, es un infame que ejerce una venganza ú obra movido por alguna otra pasión inmoral, y que, por lo tanto, debe ser incapaz para heredar al presunto delincuente, resulte ó no calumniosa la acusación.

II. Para que exista la incapacidad es necesario que la acusación sea declarada calumniosa, esto es, que una sentencia dictada por el juez ó tribunal competente, declare al absolver al acusado, ó bien á instancia de éste, por acusación formulada contra su acusador, que es culpable del delito de calumnia judicial.

De donde se infiere, que siempre que existe una causa que impide la condenación del acusador, deja de existir la causa de incapacidad á que nos referimos; por ejemplo, si deja pasar el tiempo en que prescribe la acción penal sin acusar al calumniador.

Las causas tercera, cuarta y undécima de incapacidad, se refieren á un mismo hecho: al adulterio del cónyuge, que lo inhabilitan, lomismoque cuando da causa para el divor-