

2 ej.
150



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**Escuela Nacional de Estudios Profesionales
"ARAGON"**

MARCO JURIDICO DEL TESTAMENTO
OLOGRAFO

TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
PORFIRIO UGALDE RESENDIZ



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

MARCO JURIDICO DEL TESTAMENTO OLOGRAFO

INTRODUCCION

C A P I T U L O I

ANTECEDENTES

	Pág.
A) ANTIGUO DERECHO ROMANO	1
B) DERECHO FRANCES	22
C) DERECHO ALEMAN	35
D) DERECHO MEXICANO	42
1.- Epoca Precolonial	42
2.- Epoca Colonial	45
3.- México Independiente	48

C A P I T U L O II

ASPECTOS GENERALES DE LA SUCESION

A) CONCEPTO DE SUCESION	51
B) SUCESION LEGITIMA O AB INTESTATO	57
C) SUCESION TESTAMENTARIA	62
D) SUCESION MIXTA	68
E) CONCEPTO DE HERENCIA, LEGADO Y TESTAMENTO	70
F) CLASIFICACION DE LOS TESTAMENTOS DE ACUERDO A SU FORMA	77

C A P I T U L O I I I
TESTAMENTO OLOGRAFO

	Pág.
A) ELEMENTOS ESENCIALES DEL TESTAMENTO OLOGRAFO	81
1.- La Voluntad	81
2.- El Objeto	82
3.- La Solemnidad	84
4.- Relación Jurídica	86
5.- La Legalidad en el Testamento Ológrafo	87
B) ELEMENTOS DE VALIDEZ EN EL TESTAMENTO OLOGRAFO	89
1.- Capacidad para Testar	89
2.- Incapacidad para Testar	91
3.- Los Vicios de la Voluntad	92
4.- Licitud en el Objeto	94
5.- La Forma en el Testamento Ológrafo	95
C) CONDICIONES QUE PUEDE LLEVAR EL TESTAMENTO	101
1.- El Término	101
2.- La Condición	102
3.- La Causa	103
D) NULIDAD, REVOCACION Y CADUCIDAD DEL TESTAMENTO OLOGRAFO	109
Nulidades	109
Revocación	118
La Caducidad	119
Testamento Inoficioso	120

C A P I T U L O I V
PARTICULARIDADES SOBRE EL TESTAMENTO OLOGRAFO

A) INTERPRETACION DEL TESTAMENTO	122
B) EFECTOS JURIDICOS DEL TESTAMENTO OLOGRAFO	124
C) PREFERENCIA DE LA SUCESION TESTAMENTARIA A LA LEGITIMA	125

	Pág.
D) VENTAJAS, INCONVENIENTES Y OBJECIONES DEL TESTAMENTO	
OLOGRAFO	126
CONCLUSIONES	130
BIBLIOGRAFIA	136
LEYES Y JURISPRUDENCIA	141

INTRODUCCION

Si bien es cierto que la elaboración de una tesis lleva consigo la finalidad - muy justa - de ver cristalizados los peñaños de una carrera profesional, también debemos reconocer que es la oportunidad de contribuir al esclarecimiento de algunas de las muchas interrogantes que surgen entre nosotros cuando egresamos de los centros de enseñanza superior y en forma ingrata volvemos la espalda a quien nos dio la oportunidad de acercarnos al saber humano.

Por eso esta vez nos hemos encomendado elaborar una investigación sobre el testamento ológrafo, por considerar que es -- una figura jurídica a la cual se le ha negado la importancia doctrinal y legislativa que merece. Todavía no alcanzamos a comprender cuál es la causa de su estancamiento evolutivo si desde la época de la antigua Roma ya se había conceptualizado la transmisión de los bienes de un sujeto a otro, con las limitativas que se señalan en el capítulo que le dedicamos.

Hacemos una reseña histórica, no con el ánimo de fastidiar al lector, sino con la sana intención de darle a conocer los antecedentes del tema y con ello facilitar su comprensión.

Al llegar al segundo capítulo presentamos una serie de -

conceptos que nos permitirán delimitar el tema de estudio, ubicándolo en el renglón que le corresponde.

Así, entraremos al desarrollo del testamento ológrafo en donde habremos de analizar desde su conceptualización jurídica pasando por la problemática de la inexistencia del acto y de su invalidez jurídica, hasta ver agotadas las ventajas y los inconvenientes que representan para la sociedad mexicana de nuestros días el otorgamiento de un testamento ológrafo, que para algunos autores es un acto jurídico solemne y para otros un acto jurídico puro y simple.

Es para nosotros inquietante que el Código Civil en el capítulo dedicado al testamento ológrafo aún no contenga los preceptos idóneos relativos a las causales de inexistencia y nulidad, ya absoluta, ya relativa, que deban ser aplicables sobre el particular; limitándose únicamente a aplicar los preceptos que sobre la teoría de las nulidades el mismo Código Civil establece, pero que fueron diseñados para ser aplicados a los convenios y contratos que el propio Código preve.

El objetivo entonces, que lleva consigo la elaboración de esta tesis es el de exhortar a aquellos que están facultados para hacerlo, a meditar en la necesidad de otorgar una reglamentación aplicable exclusivamente al testamento ológrafo en el ren --

glón de causales de inexistencia y nulidad, porque a pesar de ser un testamento ordinario, ha venido perdiendo la importancia que requiere, pues mucha gente ignora la posibilidad que tiene de otorgar esa "última voluntad" a través de un testamento ológrafo, que entre otras cosas se caracteriza por su sencillez y su discreción, por ende consideramos importante su difusión.

Sin la intención directa de pretender justificarnos, por la modestia y deficiencias de que esta investigación es víctima, - apelamos a la consideración de usted, estimado lector, quien seguramente habrá de comprender las carencias de nuestra poca experiencia, teniendo en cuenta que los deseos de haber elaborado esta tesis en forma por demás decorosa, no han quedado en el suspiro del esfuerzo, sino en el incesante anhelo de su complacencia.

CAPITULO I
ANTECEDENTES

A) ANTIGUO DERECHO ROMANO

La "sucesión" es una institución jurídica que se encuadra dentro de la amplia rama del Derecho Privado, cuya referencia histórica la encontramos en el antiguo Derecho Romano, siendo el Derecho Civil la materia normativa de las sucesiones y por ende del Testamento Ológrafo, tema de estudio en la presente investigación.

La primera manifestación de carácter legislativo dentro del Derecho Romano fue la Ley de las XII Tablas, elaborada por los llamados "decenviros" quienes inspirados básicamente en la célebre legislación griega, propiamente en las Leyes de Solón y Liturgo, contemplaron por vez primera la posibilidad de regular la transmisión de bienes, derechos y obligaciones de un sujeto a otro, conocida con el nombre de sucesión.

Legislar en el ámbito civil, y particularmente en materia de sucesiones, fue una preocupación sino prioritaria, sí básica para los ciudadanos romanos, celosos en la perseverancia de su personalidad jurídica durante la vida y después de ésta, por ello dedicaron especial interés al establecer las normas que vinieron a fijar los principios generales de observancia obligatoria aplicables a la herencia supletoriamente en los casos de no existir sucesión testamen-

taria, a pesar que esta última tuvo preferencia entre el pueblo romano, por razones de honor.

Por la diversidad de criterios doctrinarios para explicar la palabra sucesión, nos avocaremos inicialmente a definirla - atendiendo a su sentido etimológico, por consiguiente, el término - sucesión deriva del latín "succesio" que significa "acción de suceder", y suceder a su vez proviene de "succedere" que quiere decir "seguir una persona a otra".

En base a lo anterior, pasaremos a revisar los conceptos jurídicos que algunos autores sostienen respecto de la sucesión, y que fueron aplicables en el antiguo Derecho Romano.

"En su origen la sucesión, no solo comprendía el patrimonio del difunto, sino que incluía también los ideales, las simpatías y las antipatías del difunto; el heredero continúa la personalidad entera del difunto y no sólo su personalidad patrimonial".(1)

El concepto antes citado, nos da una idea de lo trascendente que resultó en esa época la sucesión, porque no sólo se transmitía el patrimonio, sino también el conjunto de atributos inherentes al autor de la herencia, que pasaban por igual al heredero, para darles continuidad en su existencia.

(1) Guillermo Floris Margadant, El Derecho Privado Romano, Editorial Esfinge, México 1975, pág. 454

Por su parte, el maestro Sabino Ventura Silva afirma lo siguiente. "La palabra sucesión, tiene en el tecnicismo actual, y tenía en el lenguaje jurídico de los compiladores justinianos, un sentido amplio equivalente a traspaso de derechos; era la adquisición, por una persona, de los enajenados o abandonados derechos de otra; aquella - adquiriente - sucede a esta enajenante o causante". (2)

Para el maestro Raúl Lemus García, aportar un concepto jurídico de sucesión común al Derecho Romano, es limitarse al siguiente enunciado. "En el orden jurídico, sucesión implica la transmisión de bienes, derechos y obligaciones de un sujeto a otro". (3)

De los anteriores criterios, consideramos que el citado -- por el maestro Raúl Lemus García es el que reúne todos los elementos suficientes para comprender el término sucesión, por lo cual lo tomaremos como punto de referencia.

Esbozaremos ahora los tipos de sucesión conocidos en la antigua Roma, cito, "A título universal per universitatem, cuando se transfiere un patrimonio íntegro o en partes alcuotas, y a título

(2) Sabino Ventura Silva, Derecho Romano, Editorial Porrúa México 1978, pág. 240.

(3) Raúl Lemus García, Derecho Romano, Editorial Limusa, -- México 1977, pág. 257.

particular, in singula res, cuando comprende bienes, derechos u obligaciones singularmente determinados". (4)

Existe otra clasificación aplicable a los tipos de sucesión, atendiendo al grado de efectividad, y así tenemos: La vía legítima, de dudosa seguridad; la vía testamentaria, mejor que la anterior y la vía oficiosa, considerada como la más eficaz porque podía corregir la repartición prevista por un testamento. Estas figuras jurídicas destinadas al seguimiento de las sucesiones observaban un común principio que reza "para cada sucesión, una sola vía". (5)

La Ley de las XII Tablas, previó la sucesión por vía legítima, procedente en los casos en que no existía testamento, o bien, si existía carecía de validez o bien el heredero estaba imposibilitado de aceptar la herencia. Así tenemos que por vía legítima la sucesión se ofrecía a los siguientes herederos:

1.- A los herederos sui, (herederos de sí mismos), que eran quienes se volvían sui iuris por la muerte del autor de la herencia (entre ellos están hijos, hijos póstumos y nietos).

(4) Raúl Lemus García, Ob. cit., pág. 257.

(5) Guillermo Floris Margadant, Ob. cit., pág. 455.

2.- A falta de herederos sui, la herencia se ofrecía a los agnados (parientes por línea masculina, con preferencia a varones).

3.- Descartados los agnados, se ofrecía la herencia a la gens, es decir, pasaba al patrimonio gentilicio; siendo los miembros de la gens, quienes recibían en forma individual la herencia.

Volviendo al renglón de la sucesión a título universal, - diremos que ésta se presentó en dos formas; "inter-vivos, como en el caso de la adquisición de un patrimonio por efectos de la dominica potestas, de la manus o de la adrogatio, y mortis causa en las hipótesis de la sucesión hereditaria, del fideicomiso de herencia, de la bonorum possessio y bonorum addictio conservatorum - causa y la segunda sucesio per universitatem inter-vivos, tales como la bonorum cessio ex lege julia, bonorum sectio, bonorum renditio y en el caso de la confiscación de bienes perteneciente a personas condenadas a pena capital".(6)

"El Derecho Pretorio instituye como nuevas formas de sucesión la bonorum possessio y surge así el bonorum possessor; el pretor entregaba por orden de preferencia la bonorum possessio a las siguientes personas:

(6) Raúl Lemus García, Ob. cit., pág. 257

1.- Los liberi (hijos), que antes eran los herederos sui - abarcando también a los emancipados.

2.- Los legitimi, aquí se abarcaba a todos aquellos que podían recibir la herencia por vía legítima de acuerdo con el ius civile, por ello se identificaban con los agnados.

3.- Los agnados. La madre sine manu, tenía la posibilidad de recibir ab intestato, la herencia de su propio hijo.

4.- De no haber heredero legítimo dentro de los anteriores, la herencia se ofrecía a la viuda o al viudo".(7)

Por su parte Justiniano, instituyó los siguientes órdenes sucesivamente:

1.- "Descendientes (emancipados o no). Grupo que se repartía por estirpes y dentro de cada grado se repartía por cabezas.

2.- Ascendientes y hermanos, grupo que presentaba estas particularidades:

a) El ascendiente más cercano excluía al más lejano.

b) Si los abuelos eran herederos y había abuelos por ambas líneas, se repartía por estirpes.

c) Los hijos de un hermano difunto recibían juntos la -- porción de su padre.

3.- Medios hermanos, uterinos o consanguíneos.

4.- Los restantes colaterales.

(7) Floris Margadant, Ob. cit., págs. 456 y 457

5.- El viudo o la viuda.

6.- Si no se encontraba ningún heredero legítimo, la herencia vacante iba al fisco, pero si se trataba de un soldado, se aprovechaba la legión correspondiente y si se trataba de un sacerdote, la Iglesia".(8)

Veamos ahora el concepto que se tenía en la antigua Roma de la herencia. "La herencia como la palabra sucesión, tiene un doble significado en la materia que consideramos; por una parte - significa el procedimiento, modo o forma de suceder al de cujus; y por otra, alude al patrimonio o conjunto de bienes, derechos y obligaciones de la persona fallecida.

"Con el nombre de hereditas, los romanos designan, como sustancialmente también nosotros, dos cosas diferentes: por un lado el conjunto de los bienes pertenecientes a un difunto, en el momento en que son entregados a uno o varios, otros que ocupan su lugar y por ellos adquiridos; por el otro, la situación jurídica de aquel que, a la muerte del ciudadano, por aplicación de los preceptos del ius civile, ocupa su lugar en el conjunto de las relaciones jurídicas transmisibles". (9)

Forma de designar al heredero.- "Por voluntad del padre de familia o por disposición de la ley. La designación de heredero

(8) Guillermo Floris Margadant, Ob. cit., pág. 461.

(9) Raúl Lemus García, Ob. cit., pág. 258.

ro hecha por voluntad del padre de familia se realizaba a través del testamento. Si el padre de familia muere intestado, la ley designa heredero llamado ab intestato". (10)

Lo anterior significa que el antiguo Derecho Romano, instituyó dos formas para designar al heredero, es decir, la primera denominada sucesión testamentaria, la cual se defería por la voluntad del autor de la sucesión declarada con las solemnidades establecidas por el Derecho en el testamento.

Por lo que toca a la Sucesión Ab Intestato, también llamada legítima o intestamentaria, era aquella que se verificaba por ministerio de ley.

Sin embargo el profesor Sabino Ventura Silva, sostiene -- que se contempló en aquélla época una tercera forma para designar al heredero, llamada "forzosa", definiéndola así, "El heredero es también llamado por la ley, mas no a falta de testamento, sino oponiéndose a lo que en él se ordena respecto a la designación del heredero". (11)

Resulta indudable que en la época en que Roma fué fundada existían las dos especies y que la ley de las XII Tablas no hizo

(10) Eugene Petit, Tratado Elemental de Derecho Romano, - Edit. Trillas, México 1982, pág. 513

(11) Sabino Ventura Silva, Ob. cit., pág. 243

sino confirmar las costumbres preexistentes en esta materia.

Pasaremos a revisar algunos tipos de sucesión conocidos - en el antiguo Derecho Romano, aplicables a la muerte del transmisor o verificarse por varias causas y modos aún viviendo éste.

a) Sucesión Universal Mortis Causa.- Es aquella en la que hay transmisión de todo un patrimonio con sus bienes, créditos y obligaciones; y en la que el "heres" asume las relaciones jurídicas del "decurus", con excepción de aquéllas que la ley considera intransmisibles por causa de muerte. En este caso el heredero responde de las cargas y deudas de la sucesión, salvo las excepciones en que la ley le autoriza a acogerse al beneficio de inventario. El ejemplo de esta figura es la herencia.

b) In Singula Res.- Aquella en que se transmite también por causa de muerte, uno o varios bienes o derechos concretos o singularmente determinados; y es que salvo los casos de excepción que la propia ley establece, el sujeto beneficiado no responde de las obligaciones de la herencia, aunque sí de las cargas reales que afectan la cosa o cosas que adquiere; el ejemplo de este tipo son los legatarios.

c) Sucesión Universal Inter Vivos.- Conocidos entre los romanos como "la arrogatio, conventio in manu", reducción a la esclavitud dentro del Derecho Romano.

d) Sucesión Particular Inter Vivos.- Venta de cosas y -

derechos concretos por mancipatio, traditio.

Para que operase la sucesión "mortis causa", era necesario que se presentaran ciertos supuestos, como la muerte de una persona (de cuius, causante) capaz de tener un heredero, ya que hereditas vivi non datur, así como la existencia de otra persona que pueda ser heredero y designado como tal.

La sucesión romana contiene características generales y específicas a saber:

1.- "La herencia como sinónimo de patrimonio del finado, representa una unidad que los romanos equiparaban al as; ello permitía su división en partes alícuotas ideales.

2.- La herencia, además de ser una unidad, es una universalidad que comprende los más variados bienes, derechos y obligaciones.

3.- Por efectos de la herencia se transmiten al heredero los bienes, derechos y obligaciones, con excepción de aquéllos personalísimos que se extinguen con la muerte del individuo o son intransmisibles por disposición de la ley. Tratándose de las obligaciones y cargas de la herencia, el heredero responde con su patrimonio propio ultra vires hereditatis; es decir más allá del activo hereditario.

4.- La herencia romana implica la continuación de la per

sonalidad jurídica del "de cuius"; consiguientemente el heredero queda subrogado en todas aquellas relaciones jurídicas transmisible, propias de la persona fallecida.

5.- El heres deviene titular del patrimonio del finado, pero recibe además la carga de la sacra privata, en cuya virtud no se interpone el culto de los dioses nanes. De lo que se entiende que la concepción religiosa y la organización familiar influyó en las hereditas.

6.- Desde la fundación de Roma dos eran las formas o procedimientos para instituir heredero; una, la más usual era la testamentaria; la cual consistía básicamente en que el autor de la herencia por propia voluntad, sin omitir las solemnidades exigidas por la ley nombraba a su heredero; la otra forma revestía carácter secundario, era la "legítima o ab-intestato en que la designación del heredero era producto de la ley", en la que se pretendía interpretar la voluntad del de cuius.

7.- Era aplicable el principio "Neque idem ex-parte testatus et ex-parte intestatus decedere potest" cuyo significado es: "no puede coexistir para una misma sucesión un heredero legítimo y otro testamentario; éste elimina a aquel". En consecuencia "cuando el testador disponía de sólo parte de su patrimonio, el heredero instituido lo era de la totalidad.

8.- En la sucesión romana se observan dos tipos de herederos: "los heredes sui et necessarii" que recibían la herencia aún sin haberla aceptado y los extranei que solo adquirían de

rechos hereditarios mediante el acto de aceptación.

9.- Al lado de la herencia civil el magistrado instituye la sucesión pretoriana llamada *bonorum possessio*.

10.- El Derecho sucesoral estaba protegido por una *actio in rem* denominada *petitio hereditatis*, principalmente".(12)

Sujetos que podían tener heredero.- Las personas que podían tener herederos eran el *civis optimo iure*, es decir los ciudadanos que gozaban plenamente de sus derechos civiles y políticos, a condición de que tuvieran un patrimonio, así como la mujer romana *sui iuris*.

Objeto de la herencia.- "Esta constituido por el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que integran el patrimonio del "de cuius", susceptibles de transmisión. Por ello debemos -- comprender que existen algunos bienes, derechos u obligaciones -- personalísimos del de cuius por ende no son materia de herencia, - ejemplos: derechos personales tales como patria potestad, tutela, curatela y manus; derechos sobre los bienes: usufructo, uso, pensiones vitalicias y habitatio; entre las obligaciones personales_ podemos citar: realizar una escultura, pintar un cuadro, desempeñar una función pública y la responsabilidad penal proveniente de la comisión de hechos delictuosos, entre otros".(13)

(12) Raúl Lemus García, Ob. cit., págs. 259 y 260.

(13) *Idem*.

Sucesión testamentaria.- "Este tipo de sucesión consta - de tres supuestos:

- 1.- Designación del heredero,
- 2.- Adquisición de la herencia, y
- 3.- Cargas impuestas al heredero".(14)

La *delatio hereditatis* es la forma en que se nombra a la persona para adquirir el patrimonio hereditario. Ya citamos que existían tres formas para esta designación, por testamento, por ley o bien por designación imperativa o forzosa.

Atendiendo a la designación del heredero, dos fueron los sistemas aplicables a este aspecto, cito:

a) "La *Bonorum Possessio*, que debía ser siempre demandada atendiendo al principio que nadie puede adquirir contra su voluntad. El término que se otorgó para demandar esta vía fue de un año para los ascendientes y descendientes, y cien días para cualquier otro sujeto, y

b) Adquisición de la herencia en Derecho Civil; esta figura jurídica presenta dos aspectos: herederos necesarios y herederos voluntarios.

(14) Eugene Petit, Ob. cit., pág. 514

Los herederos voluntarios o extranei son aquellos que pueden libremente aceptar la herencia. La adire hereditatem o - acepatción debía reunir las formalidades legales. El heredero - voluntario adquiere la herencia desde que hace la adición respectiva, aún cuando la ley da efectos retroactivos considerándola - realizada desde la muerte del de cujus". (15)

Existieron también otros tipos de herencia. La herencia vacante caracterizada porque no tiene heredero posible, ni testamento, ni legítimo; el patrimonio de la hereditas vacans, conforme a las leyes caducarias, correspondía al ae rarium, y de acuerdo con el Derecho imperial pertenecía al fiscus, naturalmente sin perjuicio de los acreedores hereditarios; y la herencia vacante que carecía de titular (sine dominio); lo que ocurría -- cuando después de la muerte del de cujus, el heredero voluntario no la había aceptado mediante la adición correspondiente.

Capacidad del heredero.- La capacidad del heredero es la aptitud en el sujeto para recibir la herencia, desde el punto de vista de la capacidad natural, el ser para que tenga capacidad debe nacer con forma humana; consecuentemente no adquieren derechos hereditarios ni el monstruo ni el prodigium. Por lo -- que respecta a la capacidad civil, por regla general la tenían -

(15) Raúl Lemus García, Ob. cit., pág. 264

todas las personas libres ciudadanos romanos y sui iuris.

Concepto de testamento.- "El testamento romano es un acto solemne por el cual una persona instituye a su heredero o a -- sus herederos, es una manifestación de última voluntad, es decir, un acto esencialmente revocable".(16)

Para Ulpiano, "Testamentum est mortis nos trae iusta contestatio in id solemmiter facta, ut post mortem nostram valeat, - lo que significa que testamento es la justa manifestación de nuestra voluntad relativa a lo que uno quiere se realice después de nuestra muerte".(17)

Por su parte Modestino aportó la siguiente definición de testamento. "Testamentum est voluntatis nostra iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit", lo que significa que el testamento es la justa declaración de nuestra voluntad respecto a aquellos que cada uno quiere que sea hecho después de su - - muerte.

El maestro Raúl Lemus García conceptualiza el testamento de la forma siguiente " testamento es una expresión unilateral de voluntad, revocable, formulada con las solemnidades prescritas -

(16) Guillermo Floris Margadant, Ob. cit., pág. 462

(17) Eugene Petit, Ob. cit., pág. 515

por el derecho, para surtir efectos posteriores a la muerte de su autor, mediante la que éste dispone de su patrimonio instituyendo heredero".(18)

Formas del testamento romano.- "Las formas más antiguas del testamento romano eran el testamento in procinctu y el testamento colatis comitiis o comisal.

Testamento colatis comitiis.- Era aquel que se otorgaba ante el pueblo reunido en los comisios dos veces al año, por ello se estima que fue un acto celebrado con amplia publicidad.

"El testamento in procinctu se hacía delante del ejército equipado y bajo las armas. El jefe de familia soldado que deseaba testar antes de marchar al combate declaraba su voluntad delante de sus compañeros de armas".(19)

Testamento per aes et libram, los jurisconsultos aplicaron al patrimonio familiar el modo de transmisión usando para las cosas más preciadas, la mancipatio. El padre de familia que no había podido testar colatis comitio y sentía su próximo fin, mancipaba su patrimonio a un amigo, encargándole oralmente de ejecu-

(18) Raúl Lemus García, Ob. cit., pág. 267

(19) Sabino Ventura Silva, Ob. cit. pág. 246

tar las liberalidades que destinaba a otras personas.

"Testamento Per aes et libran perfeccionado.- El familiae emptor quien adquiría el patrimonio jugaba el papel de heredero, en este testamento pasa a ser una persona complaciente en quien el testador tiene su confianza, encargando de entregar la sucesión al verdadero heredero".(20)

Testamento Nuncupativo.- Era el testamento formulado de manera oral con la presencia de siete testigos y ante el nuncupatio.

Testamentum Privatum.- Este testamento fué típico del Derecho Justiniano, se caracterizó porque requería la presencia de siete testigos, rogados y capaces, y la unitas actus, o sea que se otorgara sin interrupción ostensible, y podía formularse oralmente o por escrito.

Testamentum Publicum.- Este se podía elaborar de dos formas: testamentum apud acta conditum y la testamentum principi-oblatum. El primero se hacía ante autoridad judicial o municipal, la cual levantaba acta de las manifestaciones y palabras del testador. El segundo se entregaba escrito para ser registrado y custodiado en los archivos imperiales.

(20) Eugene Petit, Ob. cit., pág. 515

Del Derecho Pretorio sobresale el testamento tripartito, - denominado así por contener tres partes: a) el texto; b) la suscriptio de los siete testigos y c) los sellos de los testigos que debían asentarse, afuera sobre el testamento cerrado y plegado.

Del testamento tripartito derivaron otros con carácter especial, que a continuación se señalan:

a) Testamento Militar.- Que podía formularse con sangre en el escudo y con la espada en la arena; cuya validez era de un -- año y solo requería de un testigo.

b) Testamento del padre en favor de sus hijos.- Esta -- clase de testamento podía ser verbal y bastaba que fueran dos testigos. De ser escrito, era suficiente una declaración ológrafa sin -- testigos.

c) Testamento hecho en el campo.- Este tipo de testamento únicamente requería de la presencia de cinco testigos para su validez.

d) Testamento hecho en época de peste.- Se concedían visitas sucesivas a los testigos a fin de evitar el contagio, y debía ser por lo menos siete testigos.

Capacidad para testar.- El testador debía gozar de la -- testamenti factio o derecho a testar, sin embargo se presentan dos -- situaciones en este supuesto, la primera consistente en gozar de este derecho y la segunda referente a la posibilidad de ejercer el --

mismo.

"El derecho de testar, no tocaba solo a los intereses privados; interesaba también la sociedad y la religión, habiendo sido siempre regulada por el Derecho Civil y considerada como de orden público. En principio todos los ciudadanos romanos sui iuris gozaban de la testamenti factio quedando en consecuencia privados de este derecho las siguientes personas: peregrinos, dedicticios (personas que no eran ciudadanos de ninguna ciudad), los esclavos, las mujeres ingenuas sui iuris (que permanecían agnadas en su familia), los hijos de familia, las mujeres in manu y las personas in mancipio".(21)

Ejercicio del derecho de testar; personas que no gozaban del ejercicio de testar:

Los impúberos sui iuris, por la relevancia del acto;

Los locos, solo podían testar en un intervalo lúcido;

Los pródigos interdictos, por carecer del commercium; y

Los sordos y los mudos, por no hablar ni entender en lo absoluto.

Institución de heredero.- consideraron los romanos esta

(21) Eugene Petit, Ob. cit., pág. 518.

institución como la cabeza y fundamento del testamento, era un elemento esencial a tal grado que la nulidad de este o su caducidad -- traían consigo la invalidez de todo el testamento.

Entre sus formalidades existía la obligación de instituir al heredero al principio del testamento, en forma imperativa, en -- términos sacramentales y en latín. Toda disposición puesta antes -- de la designación del heredero era nula.

Desheredación.- "Un pater familias no podía despojar a -- un heredero de sí mismo de su derecho hereditario por la simple omi-- sión de un testamento, ya que debía o instituirlo o bien desheredarlo".(22) La contravención a este principio traía consigo la nuli-- dad del testamento.

Causales de revocación de testamentos: a) por la confec-- ción de un nuevo testamento, b) por la destrucción material del -- documento en cuestión y c) por revocación formal, en un acto so-- lemne (con testigos o delante de alguna autoridad).

Nulidad e invalidez de los testamentos.- Los motivos que determinan la ineficacia del testamento pueden fundarse en causas --

(22) Sabino Ventura Silva, Ob. cit., pág. 258.

anteriores o con comitantes a su otorgamiento o en hechos posteriores a su confección.

Son causas de invalidez de los testamentos, las siguientes:

Si el testador no goza de la testamenti factio activa.

Por carecer el heredero instituido de la testamenti factio pasiva.

Por no haberse instituido heredero al formular el testamento. Y

Porque el testamento no se haya otorgado conforme a las solemnidades prescritas por la ley.

B) DERECHO FRANCES

La influencia del sistema jurídico francés en nuestro Derecho Positivo Mexicano, ha sido una de las fuentes reales básicas para la configuración de nuestro ordenamiento legal, por ello hemos considerado oportuno dedicar un inciso en el desarrollo de esta investigación, especialmente para revisar la conceptualización que en materia de sucesiones se contempló dentro del Derecho Francés, que se hizo patente en el Código Napoleónico, del cual se tomaron un -- sin número de conceptos que se plasmaron en los Códigos que en materia Civil se elaboraron en los años de 1870, 1884 y 1928 inclusive, en nuestro país.

Es preciso señalar que algunos de los conceptos jurídicos franceses en materia de sucesiones fueron tomados a su vez del antiguo Derecho Romano, veamos.

Fundamento e historia de la transmisión sucesoria.

"Fundamento.- El derecho de sucesión no es el corolario de la autonomía de la voluntad y del absolutismo del derecho de propiedad, descansa sobre la necesidad de proteger a la familia y el patrimonio que debe estarle afectado.

Historia.- En Roma, el pater familias se arrogó grandes

poderes a la vez sobre los bienes y sobre la persona de los miembros de la domus. Por eso, el testamento, cuyo origen fue verosímilmente familiar, era considerado como el modo normal de transmisión de los bienes. El Derecho Romano tuvo que reaccionar contra los exesos de las desheredaciones, e instituyó una legítima ("reserve" en Derecho Francés), a favor de los parientes próximos.

En los países de derecho consuetudinario, herederos de las tradiciones germánicas, el patrimonio está unido íntimamente a la familia; la sucesión ab intestato, que asegura la transmisión de los bienes a los miembros de la familia, se considera como el medio normal de sucesión. Sin embargo, se distingue entre los bienes según su origen: los bienes propios son los inmuebles provenientes de la familia; los gananciales, los bienes adquiridos por el de cujus. Este no puede disponer por testamento sino de un quinto de los bienes propios; por influencia de la legítima romana, se estableció sobre los muebles y los gananciales la legítima de una cuarta parte. El derecho consuetudinario, para preservar la unidad del patrimonio de las familias nobles, admitía, para la sucesión de los bienes de los nobles, el derecho de primogenitura y el privilegio de masculinidad.

El Derecho revolucionario hizo que reinara la igualdad entre los herederos.

El Código Civil Napoleónico es una obra de transacción. Mantiene el principio de igualdad, pero protege fuertemente a la familia por la institución de una importante legítima a favor de los próximos parientes; su importe no varía según el origen de los bienes.

Apertura de la sucesión.- Solamente la muerte de una persona abre su sucesión la sucesión se abre en el momento de la muerte. Ese momento resulta difícil de precisar en la hipótesis de los "commorientes", es decir, cuando dos o más personas llamadas respectivamente a la sucesión la una de la otra, perecen en un mismo acontecimiento. Cuando nada permita precisar cuál es de los commorientes el que ha sobrevivido al otro, el Código establece algunas presunciones legales de supervivencia, derivadas de la edad y del sexo.

La jurisprudencia ha interpretado restrictivamente esas disposiciones, en razón de su carácter arbitrario:

a) Exige no solo que los commorientes hayan muerto en el mismo acontecimiento, sino que la causa de sus muertes sea idéntica.

b) Rechaza la presunción de supervivencia cuando los commorientes no tienen un llamamiento sucesorio recíproco.

c) Igualmente, cuando no derivan sus derechos de una sucesión ab intestato.

d) No acude a las presunciones legales sino a falta de todo indicio, incluso muy tenue y toma en cuenta tanto las particularidades internas - estado de salud, fuerza, etc. - como los elementos externos.

Lugar de apertura de la sucesión.- La sucesión se abre en el último domicilio del difunto. Este lugar es importante, porque determina el centro de las operaciones de partición y la competencia del tribunal llamado a conocer de las acciones sucesorias; en derecho internacional privado determina la ley que rige la sucesión mobiliaria".(23)

Sucesión. - "La palabra sucesión se toma en dos sentidos. Designa la transmisión por causa de muerte, la transferencia de los bienes del difunto - al que se le llama de cujus ("is de cujus successio nis agitur" aquel de cuya sucesión se trata) - a sus sucesores. La palabra sucesión designa igualmente el patrimonio transmitido: se dice que un heredero recibe la sucesión del decujus".(24)

(23) Jean Mazeud, Lecciones de Derecho Civil, parte cuarta, Edit. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1975, págs. 1, 2 y 3

(24) Idem, pág. 5

Libertad de testar legítima y forzosa.- "Toda persona puede disponer de sus bienes adjudicándolos a su deceso a una o varias personas determinadas. El derecho a testar es un atributo, no necesario pero útil, del derecho de propiedad individual. La ley fija las reglas de la transmisión sucesoria pero no exige que las respete y solo les imprime un carácter de orden público en la medida en que se trate de derogarlas por un contrato. El de cujus puede fijar por sí mismo la transmisión de su sucesión en un acto particular".(25)

Coexistencia de la sucesión ab intestato y de la sucesión testamentaria.- La consecuencia de la legítima es que una persona haya dispuesto de toda su sucesión, hay a la vez sucesión ab intestato y sucesión testamentaria. Los herederos forzosos son llamados en virtud de la ley, y las personas designadas por el testamento en virtud de la voluntad del difunto. Todas participan de la sucesión, aunque su título sea diferente.

Condición de los sucesores testamentarios.- Las personas llamadas por el testador llevan el nombre de legatarios y no el de herederos. Fue en el antiguo derecho consuetudinario francés el que negó el nombre de heredero al designado por testamento.

(25) Georges Ripert, Tratado de Derecho Civil, según el Tratado de Planiol, Tomo X, Primer Volúmen, Edit. La Ley, Buenos Aires 1969, pág. 209.

Para indicar que el legatario recibe el conjunto del patrimonio y no bienes particulares, se le califica de legatario a título universal. Existe legatario universal, este se encuentra en la misma situación jurídica que el heredero ab intestato.

"Introducción de la legítima en las regiones de derecho consuetudinario.- Este sistema ofrecía dos inconvenientes: solo aseguraba la salvaguarda de los bienes propios, careciendo de efectos respecto de las liberalidades entre vivos. Fue por ello que con el fin de calmar esas lagunas, en las regiones de derecho consuetudinario se sintió la necesidad de tomar del Derecho Romano la idea de la legítima. En efecto, la legítima protegía a los herederos tanto contra las liberalidades entre vivos como contra las disposiciones testamentarias, y si bien su cuantía era generalmente de la mitad en lugar de ser de los cuatro quintos, recaía sobre todo lo que el heredero hubiera recibido ab intestato, sin distinción entre las diversas clases de bienes. Pero la legítima solo funcionaba a título subsidiario; al menos, tal fue la regla en la costumbre de París: el heredero, como legitimario, solo podía impugnar las donaciones y los legados que tuvieran por objeto bienes gananciales o muebles en la medida en que su reserva de los cuatro quintos, principalmente ejercida por él sobre los bienes propios, no le hubiera proporcionado el valor de su legítima".(26)

(26) Georges Ripert, Ob. cit., págs. 213 y 214.

Derecho Intermedio.- El derecho revolucionario se mostró poco favorable a la libertad de testar. Temió que mediante el testamento se reestablecieran las desigualdades que la ley había querido suprimir. Quizá también se deseaba una partición de bienes que un legado habría permitido evitar. La ley del 17 Nivoso, año II, en su artículo 16 decidió que una persona no podía disponer por donación o testamento más de la décima parte de sus bienes, cuando tuviera herederos en línea directa, y de la sexta parte cuando no tuviera más que colaterales. Además, prohibió la donación de la porción disponible a uno de los herederos, con el fin de mantener una estricta igualdad. Esta ley, que no tenía para nada en cuenta la tradición francesa y que estaba inspirada en motivos políticos, dio muy malos resultados; fue preciso derogarla por la ley del 4 germinal año VIII.

Originalidad del Código Civil Francés.- El Código Civil, bajo el nombre de reserva (27) creó en realidad una institución que se funda en el deber familiar, al igual que en la legítima. La acordó solamente a los parientes en línea directa, adoptando así la misma regla que para la obligación alimentaria. Además la reserva tal como está concebida por el Código permite, al igual que la legítima, que se impugnen las liberalidades entre vivos y -

(27) Palabra francesa que se utiliza en lugar de la voz legítima porque ésta identifica a la institución en los países latinoamericanos y en España. Ripert y Boulanger, Ob. cit., pág. 215.

no solamente las liberalidades testamentarias.

"La sucesión testamentaria en el Derecho Francés.- Este tipo de sucesión es la que se rige por la voluntad del difunto, expresada en un testamento válido. Las personas designadas por el testador para recibir esos bienes se denominan, en derecho francés, legatarios".(28)

Legatario universal.- Es aquel que es llamado al conjunto del patrimonio (por ejemplo: lego todos mis bienes a Juan); el legatario a título universal es el llamado a una cuota parte (la mitad, un tercio, etc.), del patrimonio (por ejemplo: lego la mitad de mis bienes a Juan; la otra mitad a Pablo). Como los herederos ab intestato, los legatarios universales o a título universal, continúan la persona del difunto; reciben globalmente el activo y el pasivo; por lo tanto, están obligados al pago de las deudas.

El legatario singular no recibe más que uno, varios bienes determinados (por ejemplo: lego mi casa y mi automóvil a Pablo), por eso no está obligado por el pasivo.

(28) Jean Mazeud, Ob. cit., pág. 6

"El testamento.- El testamento es un acto revocable por el cual el testador dispone, para cuando deje de existir, de todo o parte de sus bienes.

Terminología.- El que hace el testamento se denomina testador, la disposición que hace de sus bienes se denomina legado, y el que se beneficia con ella se denomina legatario".(29)

"El conflicto de la tesis individualista y socialista.- En la tesis individualista la herencia aparece como el corolario del derecho de propiedad. El absolutismo del derecho de propiedad, afirmado por el artículo 544 del Código Civil Francés (30) conduce a ser de la propiedad privada un derecho soberano y perpetuo. Por derecho soberano, le permite a su titular disponer de una cosa suya a su antojo; por derecho perpetuo, le permite regir la suerte de la misma en el tiempo que siga a su muerte. Tal concepción tiene por resultado hacer de la sucesión testamentaria, la transmisión ideal; porque revela la voluntad del titular de los bienes; así pues, el legislador no debe ponerle freno a esa voluntad; muy al contrario, su finalidad debe ser la averiguación

(29) Ripert y Boulanger, Ob. cit., pág. 279

(30) Art. 544.- La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, con tal que no se haga de las mismas un uso prohibido por las leyes o por reglamentos.

de la voluntad presunta del difunto, cuando aquel que regule, por disposiciones puramente supletorias, la transmisión de las sucesiones ab intestato".(31)

La herencia está basada en los imperativos de la familia. Cuando se reconoce la utilidad de la familia como célula de la nación, se está obligado a admitir la transmisión del patrimonio familiar; porque la defensa de la familia implica la necesidad de -mantenerle sus bienes, de asegurarle la perpetuidad de un patrimonio, del cual se benefician las generaciones que se suceden, unidas a la realización de los mismos objetivos.

Antiguo Derecho Francés.- "La concepción romana clásica, al no dar como fundamento de la transmisión hereditaria, la voluntad del testador, limitada por la legítima, siguió siendo la de -los países del derecho escrito".(32)

Formas del testamento.- El Derecho Francés da un matiz liberal al principio de solemnidad del testamento. Por este sistema los particulares tienen la opción de testar en varias formas, inclusive redactando su última voluntad en instrumento privado.

(31) J. Mazeud, Ob. cit., pág. 8

(32) Idem, pág. 9

La ley permite tres maneras de testar: la forma ológrafa; la forma auténtica (por escritura pública), y por último la forma mística.

Veamos ahora en qué consisten cada una de estas formas.

Testamento Ológrafo.- Es aquél testamento que está totalmente escrito de puño y letra del testador. Esta terminología proviene del griego (olos, que significa entero, y gafein que significa escribir). Escribiendo su testamento, el testador afirma y precisa su voluntad.

Elementos formales obligatorios del testamento ológrafo. El testamento debe estar escrito totalmente de puño y letra del testador, firmado y fechado por él. La escritura, la firma y la fecha son tres elementos formales indispensables para la validez del testamento.

Testamento auténtico.- Este testamento debe revestir la forma notarial. Su confección se elabora de la manera siguiente: es recibido por dos notarios en presencia de dos testigos, o bien por un notario en presencia de cuatro testigos. Este acto notarial está sujeto en principio a las reglas establecidas por la ley del 25 Ventoso del año XI para la redacción notarial, pero el Código Civil no habla ni de la firma ni de la fecha que son exigidas

das por la ley de Ventoso a que hemos hecho referencia.

Testamento místico.- El término místico proviene del vocablo místicos de misten, que significa iniciado o secreto. En efecto esta forma de testar tiene la ventaja de permitir a al - - quien que sepa leer pero que no sepa o no pueda escribir, que elabore su testamento con mayor secreto que el que implica la forma auténtica. No tiene necesidad de poner a tantas personas al corriente de sus disposiciones de última voluntad. Pero el inconveniente de este tipo de testamento es el de exigir un número excesivo de formalidades. Es la forma menos utilizada de las tres.

El testamento místico puede ser escrito por una persona cualquiera, ya sea por el testador mismo, por el notario, un amigo o incluso un legatario, y ello en ausencia de todo tipo de testigos. Solo hay testigos para su presentación ante el notario y a la colocación de los sellos.

El sistema jurídico francés, también regula los llamados testamentos privilegiados cuya característica versa en que están dispensados de las formas ordinarias de testar.

Testamento militar.- Es aquel testamento hecho por militares o marinos fuera de Francia y en época de guerra.

Testamento hecho en tiempo de peste o en una isla donde no haya notario.

Testamento hecho en el curso de un viaje marítimo o aéreo por personas meramente civiles.

Testamento hecho en las regiones inválidas durante la guerra.

Testamento hecho en el extranjero.- El artículo 999 del Código Civil Francés permite que el ciudadano francés que se encuentre en el extranjero emplee tres formas distintas para hacer la manifestación de su última voluntad, que a continuación señalaremos:

1) La forma ológrafa.- Que podrá ser utilizada aún cuando en el país en que se encuentre no exista.

2) La forma local.- Es la aplicación de la máxima "locus regit actum", la ley preve que esta forma sea "auténtica".

3) La forma auténtica francesa ante los cónsules o agentes diplomáticos franceses. El Código Civil Francés no confirmó a esos agentes el poder de recibir el testamento; lo tienen de la Ordenanza de 1681 sobre la marina, que no fue derogada a este respecto, ya que las leyes modernas no se preocuparon por reglamentar las atribuciones de los cónsules en este renglón.

C) DERECHO ALEMÁN

El Derecho hereditario germánico era un derecho de familia. Los herederos eran natos, no elegidos, en la medida que según algunos Derechos no se podía sustituir el parentesco de sangre mediante adopción. Las disposiciones de última voluntad o se desconocían o estaban prohibidas.

"Los comienzos del derecho hereditario se remontan a una comunidad patrimonial que en vida del causante existía entre él y los herederos reunidos en su hogar. Al hijo que se hacía independiente correspondió originalmente una partición de los bienes hereditarios, y la hija que el marido llevaba a su casa hacía suyo el dotalicium sobre aquellos bienes. Si la comunidad se disolvía por muerte del causante, tenía lugar una distribución entre los comuneros. De ella se exceptúa el equipo del muerto, conjunto de determinados objetos de uso personal, como por ejemplo, el caballo, el ropaje y las armas, la barca o el carro así como las vindas. Se empleaban para el enterramiento y se quedaban o enterraban con él para acompañar al muerto en el más allá".(33)

(33) Heinrich Bruner, Historia del Derecho Germánico, - Editorial Labor, S.A., Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Río de Janeiro 1936, pág. 235

Después de la cristianización de los germanos asumió la Iglesia el cuidado por la salud del muerto en la otra vida.

El pueblo germano a diferencia de los romanos no respetaba las disposiciones del testador ni se reconocía derecho alguno para hacer ese tipo de manifestaciones; jurídicamente hablando el hijo era el heredero de su padre, a falta de los hijos llamaban a los más próximos parientes según el orden de su mayor proximidad.

"El título de heredero podían usarlo únicamente los hijos o parientes, nunca el extraño".(34)

Los hijos naturales jamás entraban en la familia para los efectos de la sucesión.

Principios aplicables al Derecho Sucesorio según el sistema jurídico alemán.

1.- El ejercicio del derecho hereditario, especialmente respecto a los bienes raíces iba unido a ciertos deberes políticos y militares que las mujeres no podían cumplir.

2.- Era regla general que los bienes permanecieran en

(34) Ernesto Lehr, Tratado de Derecho Civil Germánico, Editorial Librería Leocadio López, Madrid 1878, pág. 611

la familia, lo que no podía realizarse si a la hija casada se le concedía su parte correspondiente.

"Por las leyes burgondas y alemanicas, los hermanos eran preferidos a las hermanas, aunque en su ausencia ellas lo eran a los parientes varones, por la ley sálica, las mujeres eran excluidas únicamente de la sucesión de la terra sálica. Por la influencia de la Iglesia en el derecho hereditario al través del tiempo, las mujeres fueron admitidas a éstos desde los más remotos tiempos, concluyeron por compartir con sus hermanos la sucesión paterna en los primeros".(35)

De no existir descendientes y por consecuencia no pudiendo pasar la herencia de padres a hijos, por un orden natural venían los ascendientes, entre lo que existía también el derecho de preferencia en favor de los varones.

Para los parientes más cercanos se debían observar los siguientes principios:

1.- La parentela más próxima excluye a la remota, a decir de los jurisconsultos alemanes, que así como la sangre se comunica y pasa de ascendientes a descendientes, así la fortuna - -

(35) Ernesto Lehr, Ob. cit., pág. 614

tiende a bajar del mismo modo, si existen descendientes para recibirla.

2.- Dentro de la misma parentela se aplica la regla: --
"el pariente más próximo excluye al más lejano".

3.- En igualdad de grados la partición se hace in capita o sea por igual.

En Alemania el heredero sucedía por su derecho, y por razón de parentesco. Los efectos de este principio son los siguientes.

1.- En el momento del fallecimiento de la persona, era heredero el pariente más próximo aunque ignorándose dicho fallecimiento, no se conocían la hereditas jacens, ni la aditio haereditatis.

2.- Si el heredero moría, después de su causahabiente, -- pero antes de llegar a su noticia el fallecimiento, de éste, los bienes heredados pasaban juntamente con los suyos, a sus respectivos herederos.

3.- Si no se usaba el derecho de repudiar la herencia -- era considerado y tratado como heredero.

4.- El heredero tenía la tenencia jurídica de la cosa, no solo en concepto de continuar la posesión, sino como un derecho exactamente igual al de su causahabiente, y a fin de reclamar la debida protección a la posesión.

5.- Los derechos hereditarios producían inmediatamente sus efectos a la muerte del difunto, si bien por un corto tiempo se suspendía la partición de bienes.

"A falta de heredero llamado, el patrimonio del difunto corresponde según se dispone ya en las fuentes francas, a la comunidad o al fisco, dentro del señorío al señor, desde la Edad Media muchas veces el soberano territorial, en su lugar al Juez o a la ciudad. Acusa que de esta suerte el bien hereditario retornaba muchas veces al lugar donde le recibiera el difunto o sus ascendientes, se hablaba en los feudos de un *ius devolutionis*". (36)

"El testamento propiamente dicho fue casi desconocido en Alemania; entró lentamente, primero en la costumbre y después en la legislación. La Iglesia es la que más contribuyó desde un principio a modificar la antigua regla germánica favoreciendo las fundaciones y disposiciones testamentarias según el eufenismo y -

por el bien del alma del donante o de la de sus parientes.

Sin embargo los testadores en un principio se encontraron muy atados porque únicamente podían disponer de sus inmuebles por el camino legal de la cesión jurídica, admitiéndose en materia inmobiliaria que no estaban obligados a desprenderse inmediatamente del objeto dado si manifestaban su última voluntad en forma prescrita, es decir, ante el señor, apoderado del convento o - la ciudad".(37)

Sucesiones testamentarias.- En Alemania aún se consideraba la sucesión legítima como la regla general y la sucesión testamentaria como la excepción a esta regla. El Derecho Aleman contempla tres modos de testar: por medio del testamento ológrafo; a través del testamento auténtico o abierto y una tercera forma dedicada al testamento místico o cerrado.

Herederos necesarios.- El Derecho germánico reconoce los herederos necesarios que son los que tienen un derecho aparte del patrimonio del difunto, de que no puede privárseles si no es incurriendo en alguna de las justas causas de desheredación que la ley establece.

La facultad del testador para desheredar, tiene su fundamento en los siguientes principios:

- 1.- Haber abandonado al testador permitiéndosele que viva en la miseria.
- 2.- Haber sido condenado a una pena infamante.
- 3.- Llevar una vida licenciosa.
- 4.- Haber atentado contra la vida del testador.

"Confección del testamento solemne.- Se realiza ante el Juez o notario y siempre en presencia de dos testigos. La formación del testamento solemne se efectuará por declaración verbal de la última voluntad, hecha por el testador ante el Juez o notario por la entrega de una escritura acompañada de la declaración verbal del testador de que aquel documento contiene su última voluntad.

El testamento privado, el ológrafo es una declaración escrita y firmada de puño y letra por el testador con indicación del lugar y la fecha. Este testamento no es muy seguro por los peligros inherentes de falsificación, destrucción, obscuridad y falta en la forma aún cuando la última aparezca ser muy simple".(38)

(38) Víctor Loewenwarter, Derecho Civil Alemán, Editorial Nacimiento, Santiago, Chile, 1943, págs. 697 y 698.

D) DERECHO MEXICANO

1.- Epoca Precolonial.

A la llegada de los españoles, el actual territorio de la República Mexicana está habitado por diversos pueblos o tribus de civilizaciones varias, aún cuando unido a veces por estrechas ligas étnicas o sociales, que fueron causa de afinidades numerosas. Algunos de ellos ejercieron sobre otros una hegemonía más o menos severa, que influyó en su desarrollo y en su organización colectiva.

Tal fue el caso de los Aztecas, de origen nahua, que a la llegada de los españoles tenían constituida una fuerte dominación sobre la extensa parte del territorio que sería conquistado a la postre para la Corona de España.

"Poco conocemos de la organización jurídica de aquellos pueblos; autores cuyas obras son fuentes respetables, les dedican algunas páginas, o a lo más algunos capítulos, y los códigos precortesianos de las primeras épocas de la colonia dan informes aislados y fragmentarios.

Es de las instituciones de los aztecas de los que tenemos mejores datos; dejaron vestigios serios y ocuparon la aten --

ción de estimables cronistas primitivos. A través de ellas surprenderemos factores de la organización de otros pueblos indígenas, dada la preponderancia de la civilización de los mexicanos_ o el contacto de éstos con diversas razas; recordemos, por ejemplo, que en virtud de las ligas que existían entre Tenochtitlan, Texcoco y Tlacopan, la legislación de los mexicanos tuvo a menudo su fuente en Texcoco, sobre todo en la época de Netzahualcoyotl.

Los aztecas contaban con reglas de Derecho bien definidas en materia privada".(39)

De los bienes y las sucesiones.- Poco se sabe del régimen de los bienes muebles; tanto éstos como los inmuebles eran susceptibles de propiedad privada.

"Como regla general, heredaba el hijo primogénito del padre; particularmente los bienes de mayorazgo que le pertenecían por herencia con la dignidad que a ellos correspondía; pero se le desposeía de sus bienes durante el tiempo que el rey determinaba, en caso de dar lugar a ello por su mala conducta y tales bienes quedaban en poder de un depositario obligado a dar cuenta

(39) Trinidad García, Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho, Edit. Porrúa, S.A., México 1976, pág. 58.

de su administración.

Es necesario distinguir que en materia de sucesiones -- existían grados o dones sociales. La dignidad y los bienes, entre los nobles, se transmitían al hijo primogénito habido con la esposa principal, o sea aquella que se había tomado en matrimonio con las formalidades acostumbradas, según los Códices históricos. Si no había primogénito, heredaba un nieto y a falta de éste un nieto segundo; a falta de todos éstos heredaba el hermano que se consideraba mejor por sus dotes, entre varios. Las mujeres quedaban excluidas de la herencia de las dignidades (Ley 16 de Netzahualcoyotl).

Sin embargo había libertad de testar, pues el autor de la herencia podía elegir en su vida a su sucesor. Entre los plebeyos el orden de la sucesión era la siguiente: generalmente heredaban el primogénito de la legítima esposa, que debería hacerse cargo de la familia.

Si moría alguna persona sin dejar hijos, su herencia correspondía al hermano o al sobrino, y a falta de uno y otro, heredaba al pueblo o al rey". (40)

(40) Lucio Mendieta y Nuñez, El Derecho Precolonial, -- Editorial Porrúa, S.A., México 1985, págs. 101, 102 y 103.

Por lo que hace al Derecho Maya, "la herencia se repartía entre la descendencia masculina", fungiendo la madre o el tío paterno como tutor, en caso de minoría de un heredero.

"Sabemos que cada familia recibía, con intervención de los sacerdotes, una parcela de 20 por 200 pies para su uso personal. Ignoramos, empero, si en caso de defunción del jefe de una familia, esta parcela era recuperada por la comunidad, repartida entre todos los hijos o entregada a algún hijo privilegiado".(41)

El papel de la mujer dentro del sistema jurídico maya se encontraba al margen de su participación casual como profetista, pues ni siquiera podía entrar en el templo o participar en ritos religiosos.

2.- Epoca Colonial

La legislación colonial confirmó las leyes y buenos usos y costumbres que tuvieron los indios antes de la dominación española, siempre que no fueran contra la religión cristiana o las leyes de Indias, y ordenó que no se guardaran y ejecutaran.

(41) Guillermo Floris Margadant, Introducción a la Historia del Derecho Mexicano, Edit. Esfinge, S.A., México 1984, pág. 15.

"No fue la legislación española común, el único elemento constitutivo del Derecho Colonial. España elaboró también una legislación especial para sus posesiones en América, constituida por disposiciones que estuvieron vigentes en todas las colonias, y por otras destinadas sólo a alguna o algunas de ellas.

El Derecho Colonial está formado, por tanto, por tres - cuerpos de leyes:

a) El de las españolas que estuvieron vigentes en la -- Nueva España.

b) El de las dictadas especialmente para las colonias - en América y que tuvieron vigor en Nueva España.

c) El de las expedidas directamente para la Nueva España". (42)

En las Leyes de Indias se establecieron los principios - que en materia de sucesiones se aplicaron durante la época colo- - nial, como veremos a continuación.

"Testamento es una legítima determinación de nuestra vo- luntad por medio de la cual disponemos para después de nuestra - - muerte de la hacienda, bienes y derechos que nos competen, con ins

(42) Trinidad García, Ob. cit., págs. 62 y 63.

titución directa de heredero.

La herencia como único modo de adquirir a título universal, no es otra cosa que la sucesión en todo el derecho que el difunto tenía. De lo anterior podemos concluir que se contemplaron las dos vías aplicables a la sucesión, es decir, por testamento o por ab intestato".(43)

Veamos algunas solemnidades que las leyes de Indias exigían para la confección de testamentos.

1.- La unidad de contexto, esto significa que el testamento debía ser confeccionado en un solo acto, y la contravención a este principio ocasionaba la invalidez del testamento.

2.- Presencia de testigos.- La cual se exigía para la confección de testamentos nuncupativos (abiertos), debiendo ser tres testigos vecinos del lugar de la confección del testamento.

Como ya se apuntó anteriormente diversas fueron las leyes que tuvieron vigencia en la Nueva España, entre ellas, desta-

(43) José María Álvarez, Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias, Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México - 1982, pág. 156.

caron, los Ordenamientos de Alcalá, las Leyes de Toro y las recopilaciones de Indias, así como el Fuero Juzgo y los fueros municipales, pero toda esta variedad de leyes se encontraban sujetas a los principios generales del Derecho Español, sistema jurídico, que -- también siguió los moldes del antiguo Derecho Romano, por lo que -- lo podemos tener por reproducido en este apartado.

"La Nueva España tuvo también leyes dictadas particularmente para ella. Como las Ordenanzas de Intendentes (1780), que -- cambió la organización política, administrativa y judicial de la -- colonia. No existe, sin embargo, ninguna de estas leyes que debamos recordar especialmente por su importancia en el Derecho Privado". (44)

3.- México Independiente

"Al romper de modo efectivo la Nación Mexicana los vínculos políticos que la habían unido a España, por varios siglos heredó la organización jurídica de la colonia que desapareció, aunque con las naturales modificaciones requeridas por el hecho histórico que se consumaba.

(44) Trinidad García, Ob. cit., pág. 70.

En materia de Derecho Privado, la República hizo suyo casi íntegramente el legado del Derecho Colonial. El Derecho Privado Mexicano quedó constituido por la legislación emanada de la monarquía española especialmente para las colonias o para la Nueva España y formada por el Derecho Español, en el orden aceptado por las leyes de Indias. Pronto la República comenzó a darse nuevas leyes que adicionaron o modificaron el derecho existente; no sólo legisló el gobierno de la Nación, sino los de los Estados, durante el tiempo en que estuvo en vigor la forma federal de gobierno. Pero la vieja legislación no sufrió modificaciones serias hasta que se operó el movimiento de la Reforma. Entre tanto, el país continuó sujeto a lo que por lo que toca al derecho civil se consideró representado fundamentalmente por las partidas; éstas fueron la médula del Derecho Privado primitivo de México independiente.

El Código Civil de 1870.- Este Código siguió los lineamientos trazados por Códigos anteriores o por la doctrina, por ello se considera carente de originalidad.

El Código Civil de 1880 fue sustituido por el que entró en vigor en 1884. No hizo éste (el de 1884), más que modificar el anterior en meras cuestiones de detalle y adoptar el sistema jurídico de libre testamentación en lugar de testamentación forzosa antes admitida.

Es hasta el 30 de agosto de 1928 cuando se expidió un nuevo Código Civil para toda la República en materia de fuero federal; y por lo que respecta al estudio que nos ocupa siguió los mismos lineamientos, es decir, se ratificó la libre testamentificación. Se tomaron en cuenta al redactarlo modernos principios jurídicos de indiscutible bondad, y diversos cuerpos legales mexicanos y extranjeros; se tomaron como modelo, en mucho, el Código Civil de 1884, la Ley sobre relaciones familiares, las leyes alemanas, suizas, francesas, argentinas, brasileñas y chilenas, sobre Derecho Civil".(45)

Fue entonces, la forma en que se estructuró lo que hasta nuestros días conocemos como el Derecho de las Sucesiones, por lo que teniendo ya plasmados tales antecedentes, nos permitiremos iniciar el desarrollo de nuestro estudio con mayor exactitud en los siguientes capítulos.

(45) Guillermo Floris Margadant, Ob. cit., págs. 16 y 17

CAPITULO II

ASPECTOS GENERALES DE LA SUCESION

A) CONCEPTO DE SUCESION

Para iniciar el estudio correspondiente a la sucesión testamentaria, partimos del concepto de "sucesión" que algunos autores han aportado.

"El fenómeno de la sucesión es muy frecuente en el orden jurídico: cuando una persona vende a otra una propiedad, se dice que el que la adquiere es sucesor del anterior, porque ocupa su lugar para todos los efectos jurídicos correspondientes, cuando se cede un crédito, sea en forma onerosa o gratuita, el cesionario sucede al acreedor anterior en todas las relaciones jurídicas. Por esto, si en la sucesión el heredero ocupa el lugar del autor de la herencia en todas sus relaciones patrimoniales, se dice que es un sucesor".(46)

En los sucesores testamentarios hay dos clases, a título universal, o sea cuando sucede en todo el patrimonio del difunto, inclusive activo y pasivo y otros solamente a título particular, o sea en un bien concreto y determinado y por regla general no responden del pasivo.

(46) Leopoldo Aguilar Carbajal, Segundo Curso de Derecho Civil, Edit. Porrúa, S.A., México 1975, pág. 273.

Existen dos conceptos de sucesión, uno amplio y otro restringido. En sentido amplio, y dentro siempre de la esfera de lo jurídico, por sucesión se entiende cualquier cambio meramente subjetivo de una relación de derecho, y en sentido limitado define como la subrogación de una persona en los bienes y derechos -- transmisibles dejados a su muerte por otra.

Se puede decir, por consiguiente, que la sucesión mortis causa es una especie de sucesión, en la que está comprendida, además de ésta, la sucesión inter vivos, que podemos llamar general, de más amplio ámbito que el que tiene la que se produce en caso de muerte del titular de un patrimonio económico.

El concepto amplio de sucesión comprende, tanto, la -- producida por actos inter vivos (compra venta, donación, permuta, etc.) y la producida por actos "mortis causa"; en sentido restringido hace referencia únicamente a estos últimos.

Dice Savigni que la sucesión es una transformación puramente subjetiva de una relación de derecho.

Para Planiol, la sucesión es la transmisión del patrimonio entero de un difunto a una o varias personas vivas.

Clemente Diego hace la diferencia que existe entre la

sucesión mortis causa y la sucesión inter vivos, recordando que - la primera puede ser universal y singular, mientras que la segunda no puede ser más que singular". (47)

Es preciso señalar cuál es la rama del Derecho Civil -- que tiene por objeto regular la transmisión de los bienes por causa de muerte. Pues bien, es el Derecho Sucesorio, por consiguiente, la rama del Derecho Civil que hace referencia a la sucesión - por causa de muerte, como forma particular del fenómeno jurídico de la sucesión, que es, en realidad la única forma admitida por - nuestro sistema legal de la sucesión a título universal.

"El Derecho Sucesorio es el conjunto de normas jurídicas que, dentro del Derecho Privado, regulan el destino del patrimonio de una persona (exclusivamente de las personas naturales), después de su muerte". (48)

El Derecho Sucesorio haya su fundamento racional en la necesidad de que la muerte no rompa las relaciones de quien cesa de existir, ya que la interrupción de tales relaciones repercuti-

(47) Rafael de Pina, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Vol. II, Edit. Porrúa, S.A., México 1983, pág. 254.

(48) Antonio de Ibarrola, Cosas y Sucesiones, Edit. -- Porrúa, S.A., México 1977, pág. 859

ría perjudicialmente en la economía general.

Elementos de la sucesión por causa de muerte.- Elemento personal o subjetivo: está representado por el causante llamado autor de la herencia, de cujus, o testador, en el caso de la sucesión testamentaria; y por el causahabiente o sucesor que se refleja en el heredero o legatario.

Elemento objetivo o real, que está constituido por el conjunto de las titularidades pertenecientes al causante y que no se extinguen por su muerte, es decir, se trata de el conjunto de bienes, derechos y obligaciones del difunto que no se extinguen por su muerte.

Por último, el elemento causal de la sucesión mortis causa es la delación o vocación, que significa el llamamiento a suceder u ofrecimiento de la sucesión a la persona con derecho a ella, ya por voluntad expresa del testador, ya por voluntad presunta del causante.

Tipos de sucesión mortis causa en atención a sus efectos tenemos la sucesión universal y la sucesión a título particular; con respecto a su origen existen tres tipos de sucesión; voluntaria, legal y mixta.

La diferencia entre sucesión universal y sucesión a tí-

tulo particular, la consideran los autores más prestigiados como cualitativa y no como cuantitativa, lo que significa que se distingue por cómo se recibe y no por cuánto se recibe.

La sucesión a título universal y la sucesión a título singular dan lugar respectivamente a la aparición de las figuras del heredero y del legatario.

La sucesión voluntaria surge de una manifestación expresa del causante, que es el testamento, por lo que se define como sucesión testamentaria; la sucesión legítima tiene su origen precisamente en la falta de un testamento válido, quedando sujeta al orden establecido al efecto por el legislador; siendo más correcta la denominación de sucesión ab intestada o ab intestato que la denominación de sucesión legítima.

La sucesión mixta es aquella que se hace presente cuando el testador no dispone de la totalidad de sus bienes, dejando otros cuyo destino se resuelve según las reglas del intestado.

La legitimación de una sucesión mixta rechaza el principio romano *nemo potest pro parte testatus, pro parte intestatus decedere*, según el cual nadie podía morir parte intestado y parte testado.

Es preciso señalar que en nuestro sistema jurídico, se previene la existencia de la sucesión testamentaria así como la - sucesión legítima, pero resulta más recomendable hacer uso de la primera, dado que se supone que es la forma más idónea para que - el de cujus exprese en forma indubitable esa "última voluntad".

Por último hemos de recordar que el otorgamiento de un testamento ológrafo dará cabida a la apertura de una sucesión testamentaria.

B) SUCESION LEGITIMA O AB INTESTATO

"La sucesión legal o legítima.- Es la sucesión en todos los bienes y en todos los derechos y obligaciones de una que fue persona física, después de que fallece, por la o las personas que determina la ley, y a falta de una manifestación testamentaria o voluntaria, del que fue titular de esos bienes, derechos y obligaciones".(49)

"Lo esencial es la transmisión de los bienes, y la facultad de testar es consecuencia de la facultad de disponer de los bienes. Lo normal es que los bienes se transmitan conforme a la voluntad del dueño, porque lo normal, no lo esencial, es que él sea quien diga qué habrá de hacerse con ellos. Pero puede suceder que no sea posible transmitir un patrimonio así, y entonces la ley acude a suplir la voluntad del difunto. La ley que norma los intestados es, pues, enteramente supletoria en la actualidad"(50)

Consideramos que en el párrafo que antecede el autor emplea mal la expresión "voluntad del difunto", debiendo hablar, en su caso, de "voluntad del autor de la herencia".

(49) Ernesto Gutiérrez y González, El Patrimonio Pecuniario y Moral, Edit. Cajica, S.A., Pue. Méx. 1980, pág. 535.

(50) Arturo Fernández Aguirre, Derecho de los Bienes y de las Sucesiones, Edit. Cajica, S.A., Puebla 1972, pág. 549

"Apertura de la sucesión intestada.- Se abre la sucesión intestada cuando una persona sujeto de patrimonio, ha dejado de existir sin haber expresado previamente su última voluntad en cuanto a sus bienes: su personalidad jurídica desaparece y entonces otra persona es llamada por la ley a ocupar su puesto para -- continuar las relaciones patrimoniales del difunto".(51)

"Casos que dan lugar a la apertura de la sucesión intestada.

- 1.- Cuando no se otorgó testamento.
- 2.- Cuando habiéndose otorgado testamento éste ha desaparecido.
- 3.- Cuando el testamento es jurídicamente inexistente. (a falta de alguno de estos elementos esenciales).
- 4.- Cuando el testamento es nulo; ya sea nulidad total o simplemente parcial, refiriéndose a determinada institución de heredero o de legatario.
- 5.- Cuando el testador revoca su testamento. La revocación puede simplemente derogar un testamento anterior, sin hacer uno nuevo; o bien, ser parcial, derogando determinadas disposiciones. En uno y en otro caso se abre la sucesión legítima.
- 6.- Cuando en el testamento solo se disponga de parte de los bienes.

(51) Antonio de Ibarrola, Ob. cit., pág. 859.

7.- Cuando el heredero testamentario repudia la herencia.

8.- Cuando el heredero testamentario muera antes que el testador.

9.- Cuando el heredero muere antes de que se cumpla la condición suspensiva, a pesar de que su muerte sea posterior a la del testador.

10.- Cuando siendo condicional la institución hereditaria, no surte efectos, debido a que la condición no llega a realizarse. Es decir, no se cumple la condición impuesta al heredero, caduca su derecho hereditario y la caducidad de su parte alícuota obliga a la apertura de la sucesión legítima.

11.- En los casos de incapacidad de goce del heredero testamentario. El heredero puede quedar privado del derecho de heredar por circunstancias que afectan su personalidad, que implican indignidad en el heredero, por ejemplo, si ha cometido un delito o acto inmoral contra el testador o sus parientes".(52)

Para los casos enunciados anteriormente y que ya subrayamos que dan lugar a la apertura de la sucesión legítima, el Código Civil para el Distrito Federal, en materia de fuero común, y para toda la República en materia Federal, en el artículo 1599 --

(52) Rafael Rojas Villegas, Derecho Civil Mexicano, - Tomo IV, Editorial Porrúa, S.A., México 1984, págs. 399 a 402.

consagra cuatro casos que dan lugar a la herencia legítima en comento, y dice:

"La herencia legítima se abre:

I. Cuando no hay testamento, o el que se otorgó es nulo o perdió validez;

II. Cuando el testador no dispuso de todos sus bienes;

III. Cuando no se cumpla la condición impuesta al heredero;

IV. Cuando el heredero muere antes del testador, repudia la herencia o es incapaz de heredar, si no se ha nombrado substituto".

Además el artículo 1649 del Código Civil consagra dos -- supuestos más que dan lugar a la apertura de la sucesión, y al efecto dice:

"La sucesión se abre en el momento en que muere el autor de la herencia y cuando se declara la presunción de muerte de un ausente".

Por lo tanto si se presenta cualquiera de los casos previstos por el artículo anterior, se abre también la sucesión legítima, y entonces es la ley la que determina cual se supone que debió ser la voluntad del autor de la herencia, en cuanto a las personas que habrán de substituirlo en los que fueron sus bienes y de

rechos y que no se extinguen con su muerte.

Así el Código Civil en el artículo 1602 estipula:

"Tienen derecho a heredar por sucesión legítima:

I. Los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario, si se satisfacen en este caso los requisitos señalados por el artículo 1,635.

II. A falta de los anteriores, la beneficencia pública"

Es preciso señalar el principio básico aplicable a la -- sucesión legítima que se desprende del artículo 1603 y 1604 del -- Código de referencia, que al respecto dice:

Solo hay herencia legítima para los parientes por consanguinidad y por adopción o civil.

Art. 1603.- "El parentesco de afinidad no da derecho de heredar".

Art. 1604.- "Los parientes más próximos excluyen a los más remotos,..."

Es decir, el parentesco contraído por matrimonio entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón, no dan derecho a heredar. Cabe hacer notar que el parentesco por adopción o civil no sigue este principio.

C) SUCESION TESTAMENTARIA

Veremos ahora los lineamientos generales que se deben observar en la apertura de la sucesión testamentaria, aquella que tiene lugar gracias a la existencia de un testamento, cualquiera que éste sea.

"La sucesión testamentaria implica la regulación del derecho hereditario como conjunto de normas que rigen la herencia derivada de la voluntad del de cujus, que por medio de un testamento dicta sus últimas disposiciones".(53)

El maestro Rafael de Pina en relación con este apartado sostiene lo siguiente: "La sucesión testamentaria es una especie de la sucesión mortis causa, que se produce mediante la expresión de la última voluntad del causante, manifestada en cualquiera de las formas previamente establecidas por el legislador".(54)

Para el maestro Ernesto Gutiérrez y González, la sucesión testamentaria "Es la sucesión en todos los bienes y en todos los derechos y obligaciones de una que fue persona física, después de que fallece, por la o las personas que aquella designó, a través de una manifestación unilateral de voluntad, conocida o designada como testamento".(55)

(53) Raquel Gutiérrez Ramos y Rosa Ma. Ramos Verástegui, Esquema Fundamental del Derecho Mexicano, Edit. Porrúa, S.A., México, 1972, pág. 205.

(54) Rafael de Pina, Ob. cit., pág. 256.

(55) Ernesto Gutiérrez y González, Ob. cit., pág. 536.

De lo anterior podemos interpretar que la sucesión testamentaria, tiene su fundamento en la existencia de un testamento vá lido, hecho en cualquiera de las formas legalmente autorizadas.

La sucesión testamentaria recibe también el nombre de sucesión voluntaria, pues como ya hemos apuntado, se deriva de la vo luntad del autor de la herencia o de cujus; y sobre este tipo de - sucesión habremos de invocar tres teorías que opinan sobre ella.

a) "La escuela del derecho natural (Grocio y Pufendorf) para ellos, y en esto tienen toda la razón, el derecho de testar - deriva del derecho de propiedad. Si el hombre puede enajenar sus - bienes en vida puede igualmente disponer de ellos para después de - su muerte. Esta teoría no es errónea: en ciertos casos es incom- pleta, deficiente. El nexo entre ambos derechos resalta en el ar- tículo 10 de la Constitución de la Unión de Repúblicas Soviéticas - Socialistas: "El derecho de los ciudadanos a la propiedad perso- nal de los ingresos y ahorros provenientes de su trabajo, a la pro- piedad de su casa habitación y de la economía doméstica auxiliar, - del menaje y de objetos de uso y de comodidad personal, así como - el derecho de herencia de la propiedad personal de los ciudadanos - están protegidos por la ley".

b) Escuela individualista de Kant: para este filósofo, la muerte extingue todos los derechos y la herencia queda convirtii

da en RES NULLIUS y entonces es ocupada por los parientes más cercanos. Estas proposiciones de Kant conducen al abuso. En muchos casos los domésticos, los sirvientes serían los primi ocupati.

c) La teoría de la concesión de la ley. Dicen sus partidarios: ¿Por qué otra causa produciría efectos la voluntad, -- cuando ya no existe? Puede objetárseles que no es exacto que en -- el caso falte la voluntad: una cosa es la DISPOSICION: en el momento de disponer, existe la voluntad. Viene luego la EJECUCION, en la que no es necesario ya realmente que siga siendo la voluntad".(56)

La teoría anterior también es criticable porque el derecho de testar no es una simple concesión de la ley, pues este derecho se basa en principios de filosofía racional que están por encima de la voluntad del legislador porque su origen lo encontramos en el derecho natural en la máxima que reza "El testador tiene libertad de disponer de sus bienes".

"En nuestro sistema jurídico se acepta la libre disposición, es decir, el testador puede disponer de sus bienes como mejor le parezca y en beneficio de quien desee, designando libremente herederos o legatarios, estableciéndose como única limitación

(56) Antonio de Ibarrola, Ob. cit., págs. 641 a 643.

a la libertad testamentaria, el pago de alimentos".(57)

El pago de alimentos es una obligatoriedad consagrada en el artículo 1368 del Código Civil que al efecto estipula:

"El testador debe fijar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes:

I. A los descendientes menores de dieciocho años ...

II. A los descendientes que estén imposibilitados de -- trabajar, cualquiera que sea su edad, ...

III. Al cónyuge supérstite cuando esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes ...

IV. A los ascendientes;

V. A la persona con quien el testador vivió como si -- fuera su cónyuge durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres del matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho solo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueran varias las personas con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge, ninguna

(57) Raquel Gutiérrez Ramos, Ob. cit., pág. 206.

de ellas tendrá derecho a alimentos;

VI. A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras que no cumplan 18 años, si no tienen bienes para subvenir a sus necesidades".

En posteriores incisos profundizaremos un poco más sobre la normatividad aplicable a la sucesión testamentaria, particularmente a la relacionada con el testamento ológrafo, por ser este último el principal objetivo de nuestra investigación; mientras tanto, nos limitaremos a enunciar algunos de los principios aplicables tanto a la sucesión legítima, a la cual ya hemos hecho referencia, como a la sucesión testamentaria.

1.- "Los herederos suceden al autor de la herencia en sus derechos y obligaciones, pero no son sus representantes.

2.- La transmisión de la posesión y la propiedad de los bienes del autor de la herencia, se verifica ipso iure a su muerte, a los herederos.

3.- En México se prefiere la sucesión testamentaria a la sucesión legítima o intestamentaria.

4.- Se puede dar simultáneamente una sucesión intestamentaria y una testamentaria.

5.- Los parientes más próximos excluyen a los más lejanos y, los parientes por afinidad, nunca son llamados a heren--

cia legítima.

6.- Las normas sobre contratos que da el Código, son a plicables a los procedimientos sucesorios, en todo lo que sean -- compatibles con la naturaleza de éstos, a través de mandato".(58)

(58) Ernesto Gutiérrez y González, Ob. cit., pág. 536

D) SUCESION MIXTA

Este tipo de sucesión es aquélla que se presenta cuando el testador no dispone de la totalidad de sus bienes, dejando otros cuyo destino se resuelve según las leyes aplicables al intestado.

"La legitimación de una sucesión mixta rechaza el principio romano *nemo potest por parte testatus, por parte intestatus de cedere*, según el cual nadie podía morir en parte testado y en parte intestado". (59)

El Código Civil Vigente en el artículo 1283, dispone a este efecto lo siguiente:

"El testador puede disponer del todo o de parte de sus bienes. La parte de que no disponga quedará regida por los preceptos de la sucesión legítima".

Así, de la interpretación al precepto legal invocado anteriormente, se desprende que un tercer caso de sucesión es la sucesión mixta, la cual depende de la existencia de una sucesión tes

(59) Rafael de Pina, Ob. cit., pág. 259.

tamentaria incompleta, es decir, en la cual no se dispuso de la totalidad de los bienes por parte del autor de la sucesión al momento de otorgar su testamento, lo que dará margen a la apertura de la sucesión legítima, que regirá la parte de los bienes que no quedaron afectados por el testamento otorgado con todas las formalidades exigidas por la ley.

En consecuencia podemos considerar que existen:

1.- Sucesión testamentaria cuando el autor de la sucesión dispone de la totalidad de los bienes de la masa hereditaria, y este acto resulta ser totalmente válido.

2.- Sucesión legítima cuya apertura se encuentra sujeta a lo dispuesto por el artículo 1599 del Código Civil.

3.- Sucesión mixta que también es legítima, pero tiene lugar paralelamente a la apertura de la sucesión testamentaria, y es un efecto de esta misma en los términos del artículo 1283, en relación con la fracción II del artículo 1599, ambos del Código de referencia, preceptos citados con anterioridad.

E) CONCEPTO DE HERENCIA, LEGADO Y TESTAMENTO

Ya hemos hecho referencia a los términos herencia, legado y testamento, sin embargo consideramos oportuno en nuestra investigación enunciar con toda claridad el significado de cada uno de estos términos con el objeto de lograr una mejor comprensión en el mismo.

"Herencia.- La herencia es un medio de adquirir la propiedad: consiste en la transmisión de los bienes del difunto y de sus derechos y obligaciones, que no se extinguen por la muerte, a los herederos, es decir, a las personas que de acuerdo con la ley deban recogerlos. Esta forma de transmitir la propiedad está regida por disposiciones o mandatos cuyo conjunto forman el llamado de recho hereditario".(60)

"La palabra herencia tiene varios significados, pero los principales son los siguientes: uno, como el hecho de la transmisión de bienes por causa de muerte a los herederos, es decir, sucesión por parte de los herederos en los derechos del muerto; otro, - como el conjunto de bienes que se heredan o que forman el caudal - de bienes que se transmiten a la muerte de una persona.

(60) Efraín Moto Salazar, Elementos de Derecho, Edit. - Porrúa, S.A., México 1981, pág. 66.

En nuestros días la herencia se entiende transmitida en las obligaciones o deudas, hasta el límite que alcancen los bienes y derechos, de modo que nunca se transmitan los bienes que -- sirvan para pagarlas. A este modo especial de adquirir la herencia se llama "heredar bajo beneficio de inventario" y este derecho está consignado en el artículo 1284 del Código Civil que dice:

"El heredero adquiere a título universal y responde de las cargas de la herencia hasta donde alcance la cuantía de los bienes que hereda". (61)

Del precepto legal anteriormente citado se desprende que las relaciones patrimoniales, es decir, económicas de la persona, no se destruyen con la muerte pues únicamente se transmite dicho patrimonio a los que deben recibirlo, cambiando así de titular; -- sin embargo las relaciones no patrimoniales, es decir, aquellas -- que se integran por derechos personales inseparables del individuo, como por ejemplo, los derechos subjetivos públicos, los políticos, el estado civil la capacidad, etc., si se extinguen con la muerte.

(61) Edgardo Peniche López, Introducción al Derecho Civil, Editorial Porrúa, S.A., México 1982, pág. 177.

Al respecto el Código Civil en el artículo 1281 esboza el concepto jurídico sobre la herencia en los siguientes términos:

"Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte".

Concepto de Legado.- "El legado es una institución jurídica privativa del derecho testamentario, en la sucesión legítima no hay legatarios. Consiste en la transmisión a título particular de un bien concreto y determinado o determinable, o un hecho o servicio, en favor del legatario, y que puede gravar a la sucesión, a un heredero o a un legatario".(62)

"El derecho moderno ha aceptado fundamentalmente la doctrina romanista; pero ya no suele ser necesaria la institución de heredero, y en su consecuencia es posible distribuir la totalidad de la herencia en legados a responder de las deudas y gravámenes de la herencia a prórrata. Es evidente, pues, que el heredero es sucesor universal de las relaciones patrimoniales del causante o de gran parte de ese patrimonio, en tanto que el legatario sucede en derechos o bienes determinados".(63)

(62) Clemente Soto Alvarez, Derecho y Nociones de Derecho Civil, Edit. Limusa, México 1984, pág. 206

(63) Luis Muñoz, Derecho Civil Mexicano, Edit. Modelo, Méx. 1971, pág. 442.

De lo anterior, podemos considerar que el legado, como herencia, tiene dos acepciones: el acto de transmisión a título particular de una cosa o de un derecho, y el objeto mismo transmitido, es decir, la palabra legado puede considerarse en sentido subjetivo y en sentido objetivo, significando en el primero sucesión a título singular, y en el segundo el objeto u objetos legados.

Veamos ahora, algunos de los preceptos más relevantes -- que el Código Civil establece respecto de los legados.

Art. 1391.- "Cuando no haya disposiciones especiales, los legatarios se regirán por las mismas normas que los herederos"

Art. 1392.- "El legado puede consistir en la prestación de la cosa o en la de algún hecho o servicio".

Art. 1285.- "El legatario adquiere a título particular y no tiene más cargas que las que expresamente le imponga el testador, sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria con los herederos"

Art. 1286.- "Cuando toda la herencia se distribuya en legados, los legatarios serán considerados como herederos".

Concepto de Testamento.-"El testamento es un acto jurídi

co, que contiene la expresión de la voluntad del testador; y por su naturaleza es esencialmente revocable, pues sólo se confirma por la muerte de aquel. En consecuencia, el testamento no tiene los caracteres de un contrato, porque el testador no necesita del consentimiento de otra persona para que su voluntad subsista, y no tiene por objeto crear entre él y los herederos que instituye, derechos u obligaciones. El testamento es también un acto solemne porque para su validez y existencia es preciso que sea otorgado con todas las formalidades que prescribe la ley.

Siendo el testamento un acto de la voluntad, es absolutamente necesario para su validez que el testador disponga con conocimiento de causa de sus bienes, por propia convicción y con libertad. De donde se infiere, que las disposiciones testamentarias hechas por error, arrancadas por dolo o por violencia son nulas".(64)

El Código Civil en el artículo 1295 define el testamento diciendo:

"Testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y

(64) Froylan Bañuelos Sánchez, Derecho Notarial, Cárdenas Editor, México 1977, pág. 325.

declara o cumple deberes para después de su muerte".

A decir del maestro Rafael de Pina, "la palabra testamento puede entenderse sin perjuicio de lo expuesto por el Código Civil, en dos sentidos: como acto de última voluntad y como docu--mento en que esta voluntad se encuentra".(65)

El testamento es un acto jurídico con una basta trascen--dencia, motivo por el cual los juristas de todos los tiempos le -han dedicado un especial estudio.

De la definición legal del testamento se deduce que este acto jurídico tiene como características el de ser personalísimo, revocable y libre.

"Es personalísimo, ya que solo el actor puede dictarlo, no cabe representación alguna, como en otros actos jurídicos.

Es revocable, en cuanto puede ser total y parcial, ex--presa o tácita; expresa, al enunciarlo, el mismo testador; táci -ta, al otorgarse un testamento posterior que invalida todos los -anteriores.

(65) Rafael de Pina, Ob. cit., pág. 287.

Es libre, en cuanto debe otorgarse sin presión o coacción de ninguna especie; si obedeciera a presiones, el elemento -- "voluntad" que corresponde a uno de los elementos de existencia de los actos jurídicos, estaría atacado por algún vicio, por consecuencia, ese acto quedaría afectado de nulidad relativa." (66)

En nuestros siguientes capítulos abundaremos en el estudio de las notas distintivas del testamento y como lo hemos venido mencionando, particularmente del testamento ológrafo, tema central en esta investigación.

(66) Raquel Gutiérrez Ramos, Ob. cit., pág. 207.

F) CLASIFICACION DE LOS TESTAMENTOS DE ACUERDO A SU FORMA

Presentar en el estudio que nos ocupa una clasificación de los testamentos en atención a su forma, significa ubicar al testamento ológrafo en el lugar que legalmente le corresponde de acuerdo a lo que establece el Código Civil. En consecuencia citaremos los artículos que dicho Código dedica al respecto.

Art. 1499.- "El testamento, en cuanto a su forma, es ordinario o especial".

Art. 1500.- "El ordinario puede ser:

- I. Público abierto;
- II. Público cerrado; y,
- III. Ológrafo."

Art. 1501.- "El especial puede ser:

- I. Privado;
- II. Militar;
- III. Marítimo; y,
- IV. Hecho en país extranjero".

De los artículos anteriormente citados, podemos concluir que el Código Civil distingue dos clases de testamentos, es decir, ordinarios y especiales.

Los testamentos ordinarios o comunes son los que la ley regula para que sean otorgados en las circunstancias y con las formalidades normales.

Por su parte, los testamentos especiales o excepcionales o impropriamente llamados privilegiados son aquellos que se establecen como ya vimos dentro del Código Civil, para situaciones de excepción (en que no sería posible hacer uso de las formas comunes de testar), y que requieren unas veces más solemnidades y otras menos que las ordinarias.

Es preciso señalar que las diversas formas de testamento establecidas por el legislador, no tienen ningún orden jerárquico entre sí. Se puede, por ejemplo, revocar en forma ológrafa un testamento notarial. Cualquier testamento puede ser revocado por otro, sin considerar la forma que ambos revistan, pues de lo contrario, significaría poner un obstáculo injustificado a la efectividad del principio legal de la revocabilidad de los testamentos, admitido por todas las legislaciones.

La revocación del testamento la estudiaremos con mayor -

amplitud en nuestro último capítulo, por ahora, solo nos interesa dejar claramente establecido que en atención al artículo 1500 del Código Civil, el testamento ológrafo es un testamento ordinario, al igual que el testamento público abierto y el público cerrado, y en su otorgamiento no participa la figura del Notario Público, como sucede en el testamento público abierto, así como en el testamento público cerrado.

Ahora bien, citaremos un concepto y algunas características del testamento ológrafo, para iniciar su estudio en el siguiente capítulo.

El testamento ológrafo es aquel escrito de puño y letra del testador y otorgado con sujeción a las formalidades prescritas por la ley. Los testamentos ológrafos no surtirán efecto si no se encuentran depositados en el Archivo General de Notarías. El Código Civil, en el artículo 1550 al respecto menciona:

"Se llama testamento ológrafo al escrito de puño y letra del testador.

Los testamentos ológrafos no producirán efecto si no están depositados en el Archivo General de Notarías...".

Para algunos autores, la característica esencial que diferencia al testamento ológrafo del abierto y del cerrado es la autoconfesión por el testador, sin intervención de persona alguna

extraña.

El testamento ológrafo es el único testamento absolutamente secreto conocido, pues el público cerrado, dada la posibilidad legal de que sea redactado por el propio testador o por otra persona a su ruego, no lo es para ésta.

"Las formalidades del testamento ológrafo, no le privan de constituir un acto jurídico solemne. Esto puede sorprender a primera vista, ya que en su redacción no interviene ninguna persona con el carácter de oficial público, pero hay que considerar que la noción de solemnidad no está rigurosamente ligada a esta intervención y que, en este caso, los elementos de la solemnidad son la redacción del testamento por el propio testador, la fecha del acto y la firma".(67)

Es decir, esta redacción implica no la forma oral, sino el hecho de que debe ser escrito de puño y letra del autor de la sucesión.

(67) 'Rafael de Pina, Ob. cit., pág. 338

CAPITULO III

TESTAMENTO OLOGRAFO

A) ELEMENTOS ESENCIALES DEL TESTAMENTO OLOGRAFO

1.- La voluntad

La manifestación de la voluntad, como elemento esencial del testamento ológrafo, debe hacerse por el testador en forma clara y expresa, es decir, no acepta una manifestación de voluntad -- tácita que se pretenda deducir de hechos, ni tampoco puede el testador manifestar su voluntad mediante señas o monosílabos contestando a las preguntas que se le hagan.

Esa manifestación de voluntad que el testador hace en el momento de confeccionar el testamento ológrafo, debe estar libre - de cualesquier vicio que atente contra su voluntad.

"Como todo acto jurídico se plantea en el testamento la relación entre la voluntad y la declaración de esa voluntad. Según Sabigny, y con él la doctrina dominante, la voluntad es el elemento principal del acto jurídico la que liga al individuo, y la declaración solo sirve para exteriorizar esa voluntad. Cuando la voluntad y la declaración de esta no concuerdan, debe respetarse -

la voluntad, ratificando la declaración.

Conviene subrayar que no puede haber un divorcio total_ entre la declaración y la voluntad. Si la divergencia es absoluta y la voluntad manifestada no corresponde a la voluntad efectiva y_ ésta no figura de ningún modo en el testamento, la disposición tes_ tamentaria debe considerarse nula".(68)

Pues bien la manifestación de la voluntad en el testamen_ to ológrafo, se presenta en el momento mismo en que el testador -- confecciona de su puño y letra su última voluntad.

2.- El objeto

"El segundo elemento esencial en el acto jurídico consis_ te en el objeto. Para el testamento ológrafo, el objeto puede con_ sistir en la institución de herederos y legatarios o en la declara_ ción y cumplimiento de ciertos deberes o ejecución de determinados actos jurídicos. Por consiguiente, el testamento tiene un objeto_ variado, diverso; no es menester que se reúnan estos distintos as_ pectos del objeto en el testamento, basta con que exista alguno de ellos para que haya testamento, es decir, el testamento existe por la simple institución de herederos o legatarios o bien puede fal--

(68) Froylan Bañuelos Sánchez, Interpretación de los -- Contratos y Testamentos, Cárdenas Editor, Méx. 1979, págs. 152 y - 153.

tar ésta, si el testador ejecuta otros actos jurídicos, como reconocimiento de hijos, designación de tutor o, finalmente, puede -- existir el testamento para el reconocimiento de ciertos deberes a efecto de que se sujeten después de su muerte.

"A pesar de esta naturaleza compleja en el objeto del -- testamento, la ley regula el objeto principal, o sea la institución de herederos y legatarios. Normalmente se supone que todo -- testamento tiene disposición de bienes y, por consiguiente, institución de herederos o legatarios; tomando en cuenta que esa es la situación de un testamento regular, el legislador reglamenta este elemento a través de su manifestación principal, pero admite la posibilidad de que el objeto en el testamento puede ser diverso y -- que exista a pesar de que no haya institución de heredero o legatario".(69)

Al respecto el artículo 1378 del Código Civil dice:

"El testamento otorgado legalmente será válido, aunque -- no contenga institución de heredero y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar".

(69) Rafael Rojina Villegas, Ob. cit., pág. 301

De las situaciones previstas en el artículo anterior, - se interpreta que aún subsiste el testamento, porque en seguida - el artículo 1379 al efecto estipula:

"En los tres casos señalados en el artículo anterior, - se cumplirán las demás disposiciones testamentarias que estuvie-- ran hechas conforme a las leyes".

3.- La solemnidad en el testamento ológrafo

"El testamento ológrafo, así escrito, fechado y firmado por la mano del testador, es perfecto y no está sujeto a ninguna_ otra forma. Vale como acto público y solemne. Es talmente solem_ ne que el reconocimiento de hijo natural queda válidamente he - - cho". (70)

Para Rojina Villegas "el testamento es un acto jurídico formal en virtud de que para su validez se requiere que la volun_ tad del testador conste por escrito, y excepcionalmente puede ma_ nifestarse en forma verbal. Para los testamentos ordinarios el - conjunto de formalidades o molde formal, constituyen una verdade_ ra solemnidad para su existencia". (71)

(70) Santiago C. Fassi, Tratado de los Testamentos, -- Volúmen I, Edit. Astrea, Buenos Aires 1970, pág. 163.

(71) Rojina Villegas, Ob., cit., pág. 363

Además de los requisitos consagrados en el artículo 1150 del Código Civil que ya hemos citado, forman parte de la formalidad de este testamento a nuestra consideración, los requisitos establecidos en el artículo 1551 del cuerpo legal invocado anteriormente, que al efecto establece:

"Este testamento sólo podrá ser otorgado por las personas mayores de edad, y para que sea válido, deberá estar totalmente escrito por el testador y firmado por él, con expresión del día mes y año en que se otorgue.

Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma".

Consideramos, que el testamento ológrafo, así como todos los demás testamentos, no es un acto jurídico solemne, es decir, no existe solemnidad alguna para que el otorgamiento de un testamento ológrafo exista, basta con la expresión de la voluntad y la existencia de un objeto lícito, de lo que se trata es de que sí debe revestir una forma que la ley establece para este tipo de actos, forma que estará presente cuando se conjuguen los siguientes elementos: el acto por el cual el testador confeccione por su puño y letra su última voluntad, que haya sido otorgado por persona mayor de edad (al respecto consideramos que el Código Civil debía de hacer alusión a la capacidad de ejercicio y no limitarse a hablar sobre la mayoría de edad), y que se contenga en el mismo la firma y la fecha en que se otorgó (también debía hablarse del lugar). De lo anterior nos surge una pregunta, a falta de alguno de estos ele

mentos ¿Se verá atacada la existencia del testamento ológrafo? -- prematuramente nos atreveríamos a responder en sentido negativo, -- sin embargo, consideramos oportuno resolverla en el apartado que -- dedicaremos a la inexistencia y nulidad del testamento.

4.- Relación Jurídica

"La sucesión es un hecho mediante el cual, al morir una -- persona, deja a otra la continuación de todos sus deberes y dere-- chos, de aquí que para que exista la sucesión sean necesarias es-- tas tres condiciones: a) que haya una relación jurídica transmi-- sible; b) que esta continúe existiendo, pero que cambie de sujeto; que esta transmisión tenga lugar por un vínculo o lazo que una ju-- rídicamente a transmitente y sucesor". (72)

El derecho de sucesión está formado por las relaciones -- jurídicas de diversos sujetos interesados en la herencia respectu_ del patrimonio, el cual perdura a través del cambio de titular.

La relación jurídica implica la articulación de todos -- los elementos simples que intervienen como conceptos jurídicos fun_ damentales en todas las disciplinas del derecho.

Podemos considerar que tales elementos simples son los -- sujetos, los supuestos, las consecuencias y los objetos jurídicos.

(72) Antonio de Ibarrola, Ob. cit., pág. 617.

"En la sucesión testamentaria, además de las relaciones propias de los herederos entre sí, de éstos con los acreedores y deudores de la herencia, y con el o los albaceas, tenemos también las relaciones de los legatarios entre sí, de éstos con los herederos, con los acreedores y deudores hereditarios, con sus acreedores y deudores personales y con el o los albaceas".(73)

5.- La Legalidad en el Testamento Ológrafo

El propio Código Civil en su Capítulo IV, Título Tercero, Libro Tercero, prevee la existencia del testamento ológrafo, aportando en el artículo 1550 el concepto jurídico que en Derecho Positivo Mexicano debemos entender por testamento ológrafo. Por ende, esta figura jurídica encuentra su fundamento en el Código de referencia y toda persona física con capacidad de ejercicio -- (aunque el Código Civil se limita a hablar de mayores de edad), - está legalmente facultada para otorgar su última voluntad, a través de un testamento ológrafo.

Recordemos las máximas jurídicas:

"Lo que no está prohibido, está legalmente permitido".

(73) . Rafael Rojina Villegas, Ob. cit., pág. 29.

Nuestro régimen jurídico en un acto por demás acertado, acogió la posibilidad de que los ciudadanos que conforman la sociedad mexicana en que vivimos, tuviéramos la oportunidad de poder manifestar nuestra "última voluntad" a través de un testamento ológrafo, lo que significa un "apalancamiento financiero", como lo manejarían los político-económicos de nuestra época, favorable, por demás, por la relativa sencillez del acto y por el ahorro que significa para las clases económicamente débiles que somos quienes resentimos con mayor dureza las consecuencias de la "crisis económica" por la que atravieza nuestro país (¿algún día logrará atravesarla?). Es pues, el testamento ológrafo una opción legal de la que puede valerse todo ciudadano en estos años de austeridad, para manifestar su última voluntad, por lo que podemos asegurar, sin lugar a dudas, que el legislador de 1928 jamás imaginó que el instituir la figura jurídica del testamento ológrafo dentro del Código Civil que nos rige, pudiera coadyuvar a la sociedad mexicana de 1986, en su ardua lucha contra la crisis económica de la que todos los mexicanos somos víctimas y sin embargo "nadie es culpable".

B) ELEMENTOS DE VALIDEZ EN EL TESTAMENTO OLOGRAFO

1.- Capacidad para Testar

"Por regla general, todos los individuos que no tengan ninguna incapacidad jurídica pueden expresar sus disposiciones testamentarias; es decir, los sujetos plenamente capaces pueden hacer testamento; por excepción de los menores de 18 años, pero mayores de 16 y los interdictos en intervalo lúcido, pueden hacer testamento".(74)

La capacidad para testar es un supuesto especial de la sucesión testamentaria. Se establece como regla general la capacidad de toda persona para testar y como especial la incapacidad - creada sólo en nuestro derecho en dos casos: uno.- cuando se trata de enagenados; y dos.- cuando se refiere a menores de ambos sexos que no han cumplido 16 años de edad, como claramente lo estipula el artículo 1306 del Código Civil que al efecto dispone:

"Están incapacitados para testar:

I. Los menores que no han cumplido 16 años de edad, ya sea hombres o mujeres.

(74). Edgardo Peniche López, Ob. cit., pág. 184.

II. Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio:"

Por consiguiente fuera de los casos especiales a que hemos hecho referencia, se fija como regla general la capacidad que comunmente tiene toda persona para disponer de sus bienes por testamento, pues al respecto el artículo 1305 del Código Civil reza:

"Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho".

Sin embargo el artículo 1551 del Código Civil, establece claramente una limitación especial en cuanto a la capacidad para testar, pues únicamente les permite a los mayores de edad otorgar su última voluntad, a través de testamento ológrafo. A contrario sensu, los menores de edad cualquiera que sea ésta, legalmente están imposibilitados para otorgar testamento ológrafo.

Consideramos que el Código Civil no es del todo claro -- pues concede capacidad para otorgar testamento ológrafo a los mayores de edad, debiendo hablar de mayores de edad con plena capacidad de ejercicio o bien, simplemente de sujetos con capacidad de ejercicio, y ¿por qué no facultar a los mayores de 16 años de edad pero menores de 18 años de edad que se encuentran emancipados? si las consecuencias jurídicas se presentan hasta el momento en --

que muere el autor de la sucesión y no antes; lo que significa que el simple otorgamiento del acto jurídico unilateral, que en este caso sería el testamento ológrafo, no afecta los intereses de terceras personas.

2.- Incapacidad para testar

Según lo establece el artículo 1306 del Código Civil para el Distrito Federal, están incapacitados para testar los menores que no han cumplido dieciseis años de edad, ya sean hombres o mujeres, así como los que habitual o accidentalmente no disfrutaban de su cabal juicio.

También ya vimos que en atención al artículo 1551 del Código Civil, el testamento ológrafo sólo puede otorgarse por mayores de edad, lo que significa que un menor de dieciocho años, pero mayor de dieciseis años, no puede otorgar este tipo de testamentos, situación con la cual no comulgamos porque todavía no hemos encontrado una razón suficientemente jurídica que apoye tal criterio, pues tal disposición no es acorde con lo que establece el artículo 1306 del citado Código Civil a que nos hemos referido.

En cuanto a los incapaces por no disfrutar de su cabal juicio, la ley establece también una excepción, y autoriza lo que se ha dado en llamar "testamento del sujeto que sufre estado de interdicción", que para poder ser otorgado por la persona que padece trastorno mental, requiere encontrarse en un momento de plena lucidez, y ya precisamente en ese instante no se puede aseverar que es

té en estado de interdicción.

La ley establece una serie de requisitos, como es presentar la solicitud para hacer testamento ante un juez, el cual nombrará dos médicos para que dictaminen sobre la lucidez del enfermo: si el resultado del dictamen es favorable, se hace constar en una acta formal, y se procede entonces a otorgar el testamento público abierto debiendo firmar además del notario y testigos, el juez y los médicos. Por lo anterior podemos comprender que tampoco los enfermos mentales aún en intervalos lúcidos podrán otorgar testamento ológrafo, toda vez que los trámites necesarios para que un enajenado mental pueda otorgar dicho testamento, es decir, el público abierto, son incompatibles con los requisitos formales que reviste el testamento ológrafo.

3.- Los vicios de la voluntad

Además de la capacidad, es elemento de validez en el acto jurídico la manifestación de la voluntad libre y cierta, es decir exenta de vicios. Si el testador manifiesta su voluntad sin libertad, es víctima de la violencia; si no la manifiesta en forma cierta, es víctima del error o del dolo.

En el acto jurídico unilateral no puede darse el caso --

de error destructivo de la voluntad, porque como se forma por la manifestación de una sola voluntad, basta con que se otorgue, aun que exista algún vicio o el sujeto sea incapaz, como en el caso - del enajenado mental o del menor, para que exista el elemento volitivo.

La ley no ha considerado que la enajenación o la minoría de edad destruyan la voluntad. La doctrina tampoco lo ha considerado así y, por tanto, solo existirá un vicio en la voluntad, que originará nulidad y no inexistencia".(75)

En el testamento, la manifestación de la voluntad hecha por el testador, aunque esté viciada por incapacidad, error, dolo o violencia, existe una voluntad y consecuentemente no podemos hablar de inexistencia del acto por vicios en la voluntad. Habría inexistencia sólo cuando no existiera esa manifestación de voluntad.

Cuando veamos la nulidad en el testamento se estudiarán los vicios que atacan a la voluntad y sus consecuencias.

(75) Rafael Rojina Villegas, Ob. cit., pág. 332.

4.- Licitud en el Objeto

En el artículo 89 del Código Civil se dispone lo siguiente: "Los actos ejecutados en contra del tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario".

Con los elementos anteriores podemos considerar que en el testamento cuando se persiga un fin ilícito por el testador - - (cuando por ejemplo diga que se destinen sus bienes para la realización de actos que sean inmorales o delictuosos); estará afectado en tanto de nulidad absoluta, mas no de inexistencia.

Según establece el artículo 2225 del Código Civil: " La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la - - ley".

En el testamento no encontramos ninguna disposición especial que determine la nulidad relativa del acto, cuando el fin que se persigue por el testador sea ilícito y por tanto debe clasificarse como una nulidad absoluta, en atención al referido artículo 89 del cuerpo legal a que hemos hecho referencia.

Queda claro entonces, que el objeto que se persiga gra--

cias al testamento, deberá ser compatible con la ley y con las buenas costumbres, pues en caso contrario, ese acto jurídico unilateral estará afectado de nulidad absoluta.

5.- La Forma en el Testamento Ológrafo

Ya vimos que el Código Civil en el artículo 1499 establece una clasificación de los testamentos de acuerdo a su forma en ordinarios y especiales. Ahora bien, al revisar el artículo 1500 del ordenamiento legal invocado, nos percatamos que el testamento ológrafo es, por disposición de la ley ordinario.

La forma que debe revestir este testamento, no es más -- que la exigencia de estar escrito en su totalidad de puño y letra del testador. Aunque se requieren de otros requisitos, como ser depositado en el Archivo General de Notarías, que debe ser otorgado por mayores de edad (nosotros agregaríamos con plena capacidad de ejercicio), contener la firma del testador, así como la fecha en que se otorgue (consideramos que también debía agregarse el lugar, ya que el Código Civil lo omite). Y por último deberá ser otorgado por duplicado debiendo imprimir el testador su huella digital en cada uno de los ejemplares.

Señalaremos en este apartado las formalidades generales

para todos los testamentos.

1.- "Continuidad en el acto, es decir, que no haya interrupción en la práctica de las formas exigidas, según se trate de testamentos ordinarios o especiales. No puede, por consiguiente, llevarse a cabo cualquier testamento interrumpiendo el acto para continuarlo en la misma fecha o en otra distinta de la que en que fue iniciado.

2.- Presencia de testigos.- cualquiera que sea el testamento, ordinario o especial, se hará ante testigos. Para que los testigos puedan concurrir no al otorgamiento, sino al depósito del testamento ológrafo, en los términos del artículo 1554 del Código Civil, deberán cumplir ciertas condiciones, como por ejemplo, ser mayores de edad (con capacidad de ejercicio), no estar privados de sus facultades mentales, no haber sido sentenciados por el delito de falsedad; tampoco podrán fungir como testigos, los sordos, ciegos o mudos, herederos o legatarios o los parientes por línea recta o colateral de estos herederos, es decir, ascendientes, descendientes, hermanos, incluyéndose también al cónyuge. Si concurren como testigos los herederos, legatarios o sus parientes, no se nulifica el testamento en general, pero sí la disposición que favorezca a estas personas.

3.- Identidad del testador y su capacidad, que debe ser conocida y apreciada por los testigos, o bien por notario y -

testigos. En el testamento es necesario que se declare o certifique sobre la identidad del testador manifestando los testigos conocerlo y, además, que se encuentra en su cabal juicio y libre de toda coacción. Sin embargo esta formalidad, no origina la nulidad en el testamento.

4.- Además, se exige para el otorgamiento de este testamento, un conjunto de requisitos en su redacción, evitando que haya hojas en blanco, abreviaturas, que se borren palabras o se corrijan en forma que induzca a duda". (76)

A continuación trataremos de resumir el capítulo que el Código Civil dedica al respecto de las formalidades que deben observarse para el testamento ológrafo.

El testamento ológrafo una vez confeccionado debe otorgarse por duplicado y guardarse en un sobre cerrado cada uno de los ejemplares. Se presentará ante el Archivo General de Notarías y se manifestará ante dicha oficina y en presencia de dos testigos que lo identifiquen, que en ese sobre se contiene el testamento. Debe comparecer directamente el testador y hacer esa manifestación.

A continuación se expresará el lugar y la fecha en que se hace el depósito.

(76) Rafael Rojina Villegas, Ob. cit., págs. 367 y 368.

La nota anterior será firmada por el testador y por el encargado de la oficina. En caso de que intervengan testigos de identificación, también firmarán.

En el sobre cerrado que contenga el duplicado del testamento ológrafo se pondrá constancia extendida por el encargado de la oficina que dirá "Recibí pliego cerrado que el Sr. ... afirma contiene original de su testamento ológrafo, del cual, según afirmación del mismo señor, existe dentro de este sobre un duplicado". Posteriormente se asentará el lugar y la fecha en que se extiende la constancia, que será firmada por el encargado de la oficina, poniéndose también al calce la firma del testador y de los testigos de identificación, cuando intervengan.

Si el testador se encuentra imposibilitado de hacer personalmente la entrega de su testamento en la Oficina del Archivo General de Notarías, el encargado de ella deberá concurrir al lugar donde aquél se encuentre, para cumplir las formalidades del depósito.

Cabe aclarar que el testador deberá cubrir una suma de -- \$5,400.00 (CINCO MIL CUATROCIENTOS PESOS 00/100 M.N.), por concepto de pago de derechos derivados de la custodia que del testamento depositado habrá de hacer al Archivo General de Notarías.

Una vez depositado el testamento, el encargado del Archivo General de Notarías, tomará razón de él en el libro respectivo, _

a fin de que el testamento pueda ser identificado, y conservará el original bajo su directa responsabilidad hasta que proceda a hacer su entrega al mismo testador o al juez competente.

Declaración jurídica de ser formal el testamento ológrafo.- El Código Civil establece que quien guarde en su poder el duplicado de un testamento o cualquiera que tenga noticia de que el autor de una sucesión ha depositado algún testamento ológrafo, lo comunicará al juez competente, quien pedirá al encargado del Archivo General de Notarías en que se encuentra el testamento, que se lo remita.

El juez al recibir el testamento, examinará la cubierta que lo contiene para cerciorarse de que no ha sido violada, hará que los testigos de identificación que residieren en el lugar reconocan sus firmas y la de el testador, y en presencia del Ministerio Público, de los que se hayan presentado como interesados y de los mencionados testigos abrirá el sobre que contiene el testamento. Si el testamento ológrafo llena los requisitos mencionados en el artículo 1551 del Código Civil, y queda comprobado que es el mismo que depositó el testador, se declarará formal dicho testamento.

Cuando el original depositado haya sido destruido o robado se tendrá como formal testamento el duplicado, procediéndose a su apertura como se dispone en el párrafo anterior.

El testamento ológrafo quedará sin efecto cuando el original o el duplicado, en su caso, estuvieren rotos o el sobre que los cubre resultare abierto, o las firmas que los autoricen aparecieren borradas, raspadas o con enmendaduras, aún cuando el contenido del testamento esté exento de vicios.

C) CONDICIONES QUE PUEDE LLEVAR EL TESTAMENTO

Las modalidades de las disposiciones testamentarias que es posible establecer de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, son la condición, la causa y el modo.

1.- En cuanto al "término"; es menester dejar establecido que la institución de heredero no puede quedar nunca, de acuerdo con nuestra ordenación sucesoria, sujeta a término, aceptándose sin embargo, esta posibilidad para el legado, figura jurídica que conceptualizamos en el Capítulo II de nuestra investigación.

La designación de heredero a término, consiste en el establecimiento de un día en que hayan de comenzar o cesar los efectos de la institución.

La institución de heredero sujeto a término no se encuentra autorizada en nuestro sistema sucesorio y, consecuentemente, - la fijación del día en que debe comenzar o cesar la institución de heredero se tendrá por no puesta, y al efecto el artículo 1380 del Código Civil establece:

"No obstante lo dispuesto en el artículo 1344, la designación del día en que deba comenzar o cesar la institución de here

deros se tendrá por no puesta".

Y en correlación al citado artículo anterior, el artículo 1344 del Código Civil, reza:

"El testador es libre para establecer condiciones al disponer de sus bienes".

2.- La "condición".- Las disposiciones testamentarias pueden someterse a condición. Ahora bien, la falta de alguna condición impuesta al heredero o al legatario no perjudicará a éstos, siempre que hayan empleado todos los medios necesarios para cumplir; pues así lo dispone el artículo 1346 del Código Civil.

La institución de heredero o de legatario se llama condicional cuando sus efectos se encuentran subordinados a la realización o no de un acontecimiento futuro e incierto.

Condiciones suspensivas y resolutorias. Las condiciones suspensivas son aquellas de las que depende la adquisición del derecho a la herencia o al legado; las condiciones resolutorias, por el contrario, son las que producen la extinción de tal derecho a la herencia o al legado. Veamos lo que el Código Civil dispone en el artículo 1361.

"La carga de hacer alguna cosa se considera como condición resolutoria".

Condiciones potestativas, causales y mixtas.- Las potestativas son las condiciones que dependen de la voluntad del heredero o legatario. Las causales las que dependen del acaso o situación por presentarse, mientras que las mixtas dependen a la vez de la voluntad del heredero o legatario y del azar, así como de la voluntad de un tercero.

Según el Código Civil, las condiciones física o legalmente imposibles de cumplirse, así como aquéllas que imponen al heredero o legatario que hagan en su testamento alguna disposición en favor del testador o de otra persona, serán siempre nulas de pleno derecho.

3.- La causa.- Para iniciar la exposición de este apartado, partiremos de una interrogante: la causa ¿es un elemento esencial o es un elemento de validez en el acto jurídico, o bien este elemento no tiene ningún valor respecto a la existencia ni respecto a la validez del acto?

Tomando como punto de referencia la teoría causalista, tenemos que este elemento llamado "causa" al no estar presente en el acto jurídico, daría lugar a la inexistencia del mismo. Pero si la causa resulta ilícita o falsa, el acto jurídico existirá, sin olvidar que estará afectado de nulidad, por ilicitud o falsedad de la causa.

En contra de esta tesis llamada causalista se ha desarrollado una contraria, denominada anticausalista, que sostiene que la causa no es un nuevo elemento del acto jurídico; que este existe -- cuando hay manifestación de voluntad y objeto; que, además, es válido cuando se ejecuta por persona capaz, observando las formalidades legales y sin que haya vicios de la voluntad, es decir, en nada tiene que intervenir el elemento llamado causa ni en la existencia ni en la validez del acto jurídico; asimismo la tesis anticausalista -- afirma que lo que ha hecho la doctrina causalista es tomar desde un punto de vista especial la voluntad o el objeto, para llamarle causa, y que por esto considera que es un elemento esencial del acto -- jurídico; que con esto ha hecho una duplicidad absolutamente inútil y, además, falsa, pues en ocasiones confunde la causa con la manifestación de voluntad, y otras con el objeto (esto ocurre en los -- contratos).

Ahora bien, nos avocaremos a distinguir las tres diferentes causas: la eficiente, la final y la impulsiva.

Causa eficiente.-- Es el hecho o acto jurídicos que dan nacimiento a un derecho, obligación o acción y así se dice que tal -- obligación tiene como fuente un contrato, o un delito. En consecuencia podemos decir que la causa eficiente de tal obligación es el -- contrato, o la ley, o el delito.

Causa final.-- La teoría clásica de la causa manifiesta -- que además de la voluntad y del objeto, encontramos siempre en el -- acto jurídico un fin abstracto, porque no depende de la finalidad -- personal que se proponga su autor, sino única y exclusivamente de -- la naturaleza del mismo acto, y por esto es siempre idéntico en ----

todas las categorías iguales. Por ejemplo, en los testamentos como una categoría de actos encontramos siempre un mismo fin abstracto, y este es la intención de hacer una liberalidad, independientemente de las razones personales que tuvo el testador para preferir a Pablo o a Juan, como herederos o legatarios.

El fin abstracto del testamento es hacer una liberalidad, y es permanente en todos los testamentos, rigurosamente idéntico, pues en forma necesaria lo impone la naturaleza de ese acto gratuito, que por definición tendrá la finalidad de hacer una liberalidad. Esa causa final concebida así se distingue de la causa impulsiva -- que es el motivo concreto, personalísimo, variable en cada acto jurídico, que determina la voluntad del autor y que en la mayoría de los casos permanece en su fuero interno; son los móviles que actúan sobre la voluntad para determinarla en cierto sentido.

Causa impulsiva.- dice la doctrina causalista que la causa impulsiva, en tanto permanece en el fuero de la persona, no tiene ninguna consecuencia jurídica; el derecho no puede tomar en cuenta elementos que no logran exteriorizarse y que permanecen ocultos en el fuero de la persona; es necesario declarar esos motivos para que puedan ser tomados en cuenta por el derecho al regular los problemas planteados respecto al motivo determinante de la voluntad; pero en tanto que se declaren, de tal manera que vengan a constituir elementos extrínsecos, en el contrato, en el testamento o en el acto jurídico de que se trate.

Ya desde 1832 en Francia se consideró como causa, la impulsiva o determinante de la voluntad. Este concepto se desarrolló gracias a Duguit, a Bonnecase y a Josserand.

Al maestro de Burdeos, León Duguit, se debe el término de fin o motivo determinante de la voluntad como elemento del acto jurídico. Duguit sostiene que además de la voluntad y del objeto, del motivo o fin determinante, existen móviles. Los móviles, que son causas impulsivas, secundarias, no constituyen elementos para juzgar - desde el punto de vista jurídico la validez del acto; pero el motivo determinante de la voluntad, sí es un elemento que tiene consecuencias respecto de la validez del mismo. Cuando el fin o motivo determinante es ilícito, o falso, origina la nulidad del acto jurídico.

Segun el Código Civil, en su artículo 1301 "Las disposiciones hechas a título universal o particular no tienen ningún efecto cuando se funden en una causa expresa, que resulte errónea, si - ha sido la única que determinó la voluntad del testador". Lo que -- significa que la institución de herederos y legatarios deben tener una causa y esa causa debe ser cierta. De existir error sobre la -- causa impulsiva determinante, será nula la institución de herederos o legatarios.

El mismo Código en su artículo 1304 dispone: "La expresión de una causa contraria a derecho, aunque sea verdadera, se tendrá - por no escrita."

Sin embargo el Código de referencia en el artículo 2225-- dispone: "La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley".

Asimismo el artículo 1831 del citado Código, estipula :--
"El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan--
tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las bue
nas costumbres".

En consecuencia, concluimos que la causa ilícita, es de--
ciz, la causa contraria a derecho habría originado siempre, tanto en
el concepto clásico, como en el nuevo concepto de la causa, la nuli
dad del acto jurídico, pero ahora se dice que la causa ilícita se -
tiene por no escrita, ya que no origina la nulidad del acto jurídi-
co; por el contrario, no perjudica su validez porque se tiene como
no puesta por el testador.

Trataremos de interpretar el citado artículo 1304 del Có
digo de referencia, que declara que la causa contraria a derecho--
se tiene por no puesta, ya que los preceptos citados, establecen ---
que la ilicitud en el objeto, motivo, fin o condición del actp ---
producen la nulidad del acto, de lo que se observa una contradic --
ción, pues la causa se entiende en el Código Civil vigente como el_
motivo determinante de la voluntad, y en tanto que en un artículo -
se dispone que la ilicitud sobre el motivo determinante origina la_
nulidad, en otro, al emplearse la palabra "causa", se dice que se -
tiene por no escrita. Esta contradicción sólo puede explicarse con_
siderando que nuestra legislación sobre testamentos, cuando emplea_
la palabra "causa", no la toma en el concepto de motivo determinan-
te de la voluntad al hablar de una causa ilícita.

Consideramos entonces, que el legislador quiso dar otra -
acepción a este término, porque sería absurdo que un artículo gene-
ral dijese que todo acto jurídico con fin o motivo determinante ilí

cito es nulo, y a propósito de los testamentos derogara este principio que no puede derogarse en ningún acto jurídico, porque es un -- principio fundamental.

El Código Civil sostiene que la condición es esencial, -- porque el testador ha subordinado a ella la transmisión de bienes, -- de manera que si no se cumple, no debe llevarse a cabo dicha transferencia. Cuando la condición es ilícita, como el derecho no puede reconocerla, se decreta entonces la nulidad de la institución.

En base a tal discrepancia, autores como Duguit, Bonnecasse y Josserand propusieron emplear una terminología más precisa que a la postre se vio cristalizada en la expresión "motivo o fin determinante de la voluntad", inspirándose en la jurisprudencia contemporánea francesa, que vino a cambiar el concepto clásico de la causa.

D) NULIDAD, REVOCACION Y CADUCIDAD DEL TESTAMENTO OLOGRAFO.

Antes de entrar al análisis de cada una de las causales de nulidad, habremos de conocer el criterio que sostiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre los conceptos nulidad e inexistencia.

"Nulidad e Inexistencia. SUS DIFERENCIAS SON MERAMENTE TEORICAS.- Aún cuando el artículo 2224 del Código Civil para el Distrito y territorios federales emplea la expresión "acto jurídico inexistente", en la que pretenden basarse la división tripartita de la invalidez de los actos jurídicos, según la cual se les agrupa en inexistentes nulos y anulables, tal distinción tiene meros efectos teóricos, porque el tratamiento que el propio Código da a las inexistencias, es el de las nulidades, según puede verse en las situaciones previstas por los artículos 1427, 1433, 1434, 1826 en relación con los 2950, fracción III, 2042, 2270 y 2779, en los que, teóricamente, se trata de inexistencias por falta de objeto, no obstante el Código las trata como nulidades, y en los casos de los artículos 1082, 2182 y 2183, en los que, la falta de consentimiento originaría la inexistencia, pero también el Código los trata como nulidades.- (Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación, Sexta Epoca, Cuarta Parte, Tercera Sala, pág. 751)". (77)

(77) S. Castro Zavaleta y Luis Muñoz, 55 Años de Jurisprudencia Mexicana 1917 - 1971, Cárdenas Editor, México 1975, pág. 318.

El testamento ológrafo se puede declarar nulo en aquellos casos en que no se cumple con los requisitos que la ley exige para este tipo de acto.

1) Nulidad del testamento por falta de forma.- El testamento ológrafo, hecho de puño y letra del testador, que también se contiene en un sobre cerrado, que se deposita ante el Archivo General de Notarías, haciéndose constar en el sobre la circunstancia de que en él se contiene el testamento, constituye un acto jurídico formal en virtud de que la ley exige un verdadero conjunto de formas que al conjugarse dan la categoría o tipo formal correspondiente a este testamento, de tal manera que de no observarse -- estas formas, no llega a constituirse ese molde formal.

"Cuando no se observa la formalidad exigida por la ley, para los testamentos ordinarios o para los especiales, el testamento es nulo". (78) Así lo afirma el maestro Rojina Villegas, pero esta nulidad, ¿es absoluta o relativa?

Al respecto el artículo 1491 del Código Civil dispone:"

"El testamento es nulo cuando se otorga en contravención a las formas prescritas por la ley".

Remitiéndonos al Capítulo de nulidades que para los actos jurídicos dispone el Código Civil, encontramos que el artículo (78) Rafael Rojina Villegas, Ob. cit., pág. 340.

2228 refiere :

"La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la le si ón y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produ ce la nulidad relativa del mismo".

Por consecuencia sostenemos que la falta de forma en el testamento que nos ocupa, produce la nulidad relativa del mismo.

2) Nulidad por error.- En el acto jurídico unilateral-- no puede darse el caso del error destructivo de la voluntad, basta con que se otorgue, aunque exista algún vicio o el sujeto sea un in capaz, como sucede con el enajenado o el menor, para que exista el elemento volitivo.

La ley no ha considerado que la enajenación o la minoría de edad destruyan la voluntad. Por su parte la doctrina tampoco lo ha considerado así, y, por tanto, sólo existirá un vicio en la voluntad, que originará nulidad y no inexistencia.

El error nulidad que vicia la voluntad sí se presenta en el testamento. Este error, es el que recae sobre el motivo determi nante de la voluntad, de tal manera que de haberse conocido no se hubiese celebrado el acto jurídico.

El Código Civil en el artículo 1813, al hablar de error, estipula: "El error de derecho o de hecho invalida el contrato--- cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cual-- quiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se de clara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo-- contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa".

En materia de testamentos la ley, al hablar de la nulidad, menciona sólo el dolo y la violencia, y en el capítulo respectivo no se hace mención al error. Sin embargo, en el artículo 1301 citado anteriormente se habla de la causa errónea que sea la única de-- terminante de la voluntad del testador, la cual origina la nulidad del testamento.

Son por consiguiente, requisitos del error nulidad en los testamentos, que aparezca en el texto y que sea el único que haya-- determinado la voluntad del testador.

El Código Civil admite el error de derecho en el contrato, y por una disposición general que determina que las disposiciones-- relativas a contratos serán aplicables a los otros actos jurídicos en cuanto no se opongan a su naturaleza, podemos decir que en la - actualidad el error de derecho, cuando recae sobre el motivo dete minante de la voluntad, origina la nulidad del acto jurídico en -- general y, por consiguiente, del testamento.

Existen dos tesis que pretenden calificar, de nulidad -- relativa una y de nulidad absoluta la otra, al acto jurídico afectado de error. La primera considera que la acción de nulidad es -- prescriptible y, por consiguiente, la nulidad es relativa, ya que falta una de las caracterizaciones de la absoluta, aun cuando se -- reconozca que en este caso, como en todos los demás no puede haber ratificación del testamento . Concluyendo, el error puede ser -- causa de nulidad relativa y esto, lo confirma el derecho procesal; o bien, en términos generales, prescindiendo del artículo 3o. del Código de Procedimientos Civiles, en que se considera que la herencia es una acción real, podríamos sostener la segunda tesis o sea, que el error origina la nulidad absoluta del testamento.

3) Nulidad por dolo.- Tanto en materia de contratos como de testamentos, se alude al dolo como vicio separado del error, y tal parece que el dolo por sí mismo es motivo de nulidad. Sin embargo, al tratar del error y del dolo en los contratos, expresamente se dice que éste será vicio de la voluntad en tanto que induzca a error y que éste sea el motivo determinante de la voluntad.

El Código Civil en el artículo 1815 dispone: "Se entiende por dolo en los contratos cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los -- contratantes... "

En materia de testamentos únicamente se dice que es nulo

el testamento captado por dolo o por violencia, y en la palabra -- "captado", tenemos un elemento suficiente para considerar que la - voluntad ha sido falseada, es decir, que ha sido víctima de un --- error y que este error es su causa determinante, pues de lo contra_u rio no se habría aceptado.

En consecuencia podemos decir que se entiende por dolo en los testamentos cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él al testador; de manera que en la- propia definición se indica que en tanto que el dolo induzca a error, vicia la voluntad; y en el artículo 1816 del Código Civil se re--- quiere que ese error sea determinante de la voluntad, pues al efecu to estipula:

"El dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que--- proviene de un tercero, sabiéndolo aquella, anulan el contrato si- ha sido la causa determinante de este acto jurídico".

En materia de testamentos solo se presenta el dolo que - provenqa de un tercero, en tanto que en los contratos tenemos el - dolo de una de las partes o de un tercero. El problema de la nulu dad en el caso del dolo es el mismo que el de la nulidad aplicable al error, ya que el dolo originará la nulidad relativa en tanto -- que induzca a un error determinante de la voluntad.

4) Nulidad por violencia.- La violencia en lo relativo- a los testamentos, no sólo puede ejercerse sobre el testador en su

forma física y moral, también puede ejercerse sobre sus parientes, sobre su cónyuge y en uno y otro caso dará lugar a la nulidad del testamento.

El Código Civil en el artículo 1485, al respecto estipula: "Es nulo el testamento que haga el testador bajo la influencia de amenazas contra su persona o sus bienes, o contra la persona o bienes de su cónyuge o de sus parientes".

El Código no limita qué clase de parientes pueden ser víctimas de la violencia, ni hasta qué grado podrá considerarse viciada la voluntad según el parentesco. En cambio, para los contratos se necesita que los parientes lo sean en línea recta o en línea colateral hasta el segundo grado; o bien que se trate de violencia--sobre el cónyuge. Por consecuencia, para los testamentos hay una mayor amplitud al no limitar la línea colateral a cierto grado.

El Código de referencia, en relación a la violencia en los testamentos, se refiere a la violencia moral; pero es una definición incompleta, ya que debe también comprenderse la violencia física.

El citado artículo 1485, supone el caso de amenazas es decir, de violencia moral. En cambio, para los contratos se comprende la violencia física y la moral, y ésta disposición debe ser aplicable a los testamentos.

La nulidad que se origina con motivo de la violencia se considera como relativa para el acto jurídico en general, por consecuencia el testamento sigue este mismo principio, pues así lo establece el Código Civil en el artículo 2228 que al efecto dice:

"La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo"

Concluyendo, el testamento otorgado bajo la influencia de fuerza física o sujeción material a un poder externo, físicamente irresistible, o bien, bajo la coacción de la voluntad del testador, estará atacado de nulidad relativa.

Por último habremos de tener presente que si el testador manifiesta su voluntad sin libertad, es víctima de la violencia;-- si no manifiesta su voluntad en forma cierta es víctima del error o del dolo.

6) Nulidad por objeto, motivo o fin ilícitos.- Cuando hicimos referencia a la ilicitud en el objeto del testamento, establecimos que para el testamento, la ley no dedica un precepto especial que determine la nulidad ya relativa, ya absoluta del acto cuando el objeto de esta transmisión de bienes es ilícita; por consecuencia debe considerarse atacado por nulidad absoluta aplicando a estos casos el artículo 89 del Código Civil.

7) Nulidad por falta de capacidad.- La capacidad de ejercicio es un elemento que sólo se requiere para la validez en los actos jurídicos es decir, es un elemento que se requiere para que no se nulifiquen. Por consiguiente, la incapacidad es una causa de invalidez que origina la nulidad relativa del acto jurídico.

Ya vimos que el artículo 1551 del Código Civil establece una capacidad especial para el otorgamiento del testamento ológrafo, al mencionar que sólo podrá ser otorgado por personas mayores de edad (ya dijimos que consideramos sería mejor hablar en este apartado de capacidad de ejercicio y no simplemente de mayoría de edad). Como hemos venido sosteniendo, la contravención a este principio, acarrearía la nulidad relativa del acto, pues para la validez de este acto sería necesario confeccionar un nuevo

testamento observando todas las formalidades prescritas por la -- ley, lo que significa que no es susceptible de ser ratificado, si- no volverse a otorgar en su totalidad, aunque de hecho, el acto - jurídico existe, es decir, el testamento ológrafo otorgado sin la capacidad exigida por la ley, tiene existencia jurídica pero está atacado de nulidad relativa.

La Revocación

"El testamento es un acto unilateral revocable. Consiste en la expresión de la voluntad para después de la muerte; por una_ parte, esa voluntad puede variar y, por otra, el acto testamenta - rio no produce ningún efecto sino por la muerte del testador. Por eso es revocable. Puede decirse que revocación, en el caso, es el acto por el cual un testador suprime la eficacia de un testamento_ que había hecho anteriormente".(79)

La revocación producirá efecto aunque el segundo testa - mento caduque por la incapacidad o renuncia del heredero o de los_ legatarios nuevamente nombrados.

(79) Arturo Fernández Aguirre, Ob. cit., pág. 497.

El testamento anterior recobrará, no obstante, su fuerza, si el testador revocando el posterior, declara ser su voluntad que el primero subsista.

El artículo 1558 del Código Civil consagra la revocación del testamento ológrafo de manera especial, cuando dice:

"En cualquier tiempo el testador tendrá derecho de retirar del Archivo General de Notarías, personalmente o por medio de mandatario con poder solemne y especial, el testamento depositado, en cuyo caso se hará constar el retiro en una acta que firmará el interesado o su mandatario, y el encargado de la oficina".

El anterior precepto legal nos permite interpretar que el testamento ológrafo es susceptible de ser revocado en cualquier momento y no necesariamente por otro de la misma especie, pues podrá ser revocado por cualquier otro tipo de testamento, siempre y cuando el testamento más reciente reúna la calidad de perfecto, - lo que significa, que deberá otorgarse observándose todos los elementos que exige la ley.

La Caducidad

La caducidad en el testamento consiste en la pérdida de

su eficacia por causas ajenas a la voluntad del testador.

"Las disposiciones testamentarias caducan, según el Código Civil, y quedan sin efecto en lo relativo a los herederos y legatarios:

a) Si el heredero o legatario se hace incapaz de recibir la herencia o el legado.

b) Si el heredero o legatario muere antes que el testador o antes de que se cumpla la condición de que dependa la herencia o el legado.

c) Si el heredero o legatario renuncian a su derecho.

La disposición testamentaria que contenga condición de suceso pasado o presente desconocidos, no caduca aunque la noticia del hecho se adquiriera después de la muerte del heredero o legatario, cuyos derechos se transmiten a sus respectivos herederos". (80)

Testamento Inoficioso

El testamento ológrafo puede ser calificado de inoficioso cuando no se deje pensión alimenticia, que el testador debe fi

(80) 'Rafael de Pina, Ob. cit., pág. 317.

jar a las personas a que se refiere el artículo 1368 del Código -- Civil. Pues así lo estipula el artículo 1374 del mismo cuerpo legal, cuando refiere: "Es inoficioso el testamento en que no se deje la pensión alimenticia, según lo establecido en este capítulo".

Un testamento inoficioso no pierde su valor, sino en forma parcial a efecto de que se asegure la pensión alimenticia a las personas que tengan ese derecho y fuera de esta modificación las demás disposiciones subsisten .

El efecto único que origina el carácter inoficioso del testamento, no es revocar las disposiciones testamentarias en general, sino permitir que se asegure al acreedor alimentista la pensión a que tenga derecho, una vez que se ha asegurado esta pensión, subsiste en todas sus partes el testamento.

La pensión en estos casos queda a cargo de la masa hereditaria; es decir, debe ser afectada a prorrata por todos los herederos.

CAPITULO IV

PARTICULARIDADES SOBRE EL TESTAMENTO OLOGRAFO

A) INTERPRETACION DEL TESTAMENTO

El problema de la interpretación del testamento constituye un aspecto especial del de la interpretación jurídica en general.

El testamento como acto jurídico precisa ser interpretado para el exacto conocimiento de la voluntad del testador. El intérprete del testamento ha de tener delante de sí, como guía y norte de sus investigaciones, la figura del hombre razonable en las circunstancias del testador.

Los testamentos no se deben interpretar teniendo únicamente en consideración palabras o frases aisladas, sino tomando -- muy en cuenta la voluntad del autor expresada en el conjunto de su declaración.

El uso de la hermenéutica es precisamente aplicable en el arte de interpretar los textos para fijar su verdadero sentido.

Se considera que el testamento es un acto jurídico unila

teral, que contiene una declaración de voluntad que debe ser res -
petada, mientras no contraiga a la ley; cuando ésta manifestación_
de voluntad es clara no hay necesidad de interpretación.

El Código Civil en materia de sucesiones contiene varios
principios de interpretación, cito:

Art. 1300.- "La disposición hecha en términos vagos en_
favor de los parientes del testador, se entenderá que se refiere a
los parientes más próximos, según el orden de la sucesión legíti -
ma".

Art. 1382.- "El heredero instituído en cosa cierta y de_
terminada debe tenerse por legatario".

Art. 1385.- "Si el testador llama a la sucesión a cier -
ta persona y a sus hijos, se entenderán todos instituídos simultá -
nea y no sucesivamente".

Art. 1286.- "Cuando toda la herencia se distribuya en -
legados, los legatarios serán considerados como herederos".

Por regla general lo que se pretende con la interpreta -
ción en el testamento es, sin duda, encontrar la intención que el
testador quiso manifestar a través de su voluntad plasmada en el_
testamento.

B) EFECTOS JURIDICOS DEL TESTAMENTO OLOGRAFO

Por la naturaleza misma del acto y porque el artículo -- 1295 del Código Civil lo dispone, los efectos jurídicos del testamento se hacen presentes hasta en tanto el autor de la sucesión deja de existir.

Dentro de los efectos jurídicos que se originan a causadel testamento ológrafo, cuando éste es declarado totalmente válido, tenemos los siguientes:

Los bienes del autor de la sucesión se registrarán por la manifestación de la voluntad del testador, y por consecuencia no habrá lugar a la apertura de la sucesión legítima.

El testamento surte sus efectos después de la muerte desu autor, en consecuencia la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones del autor de la herencia, se efectúan hasta el momento en que se presenta la muerte del testador; y es precisamente el momento en que se verificará la transmisión del patrimonio del testador cuya finalidad es buscada desde el momento en que el testador otorga su última voluntad, haciendo la designación de la persona que continuará su personalidad jurídica patrimonial.

C) PREFERENCIA DE LA SUCESION TESTAMENTARIA A LA LEGITIMA

"En el sistema jurídico mexicano, se prefiere siempre la sucesión testamentaria a la legítima, pues esta última es solo supletoria de la presunta voluntad que pudo haber tenido el autor de la herencia. Sin duda que ello obedece a un enorme respeto por la persona, y así se busca que las personas no queden sin decretar su última voluntad que es respetable después de muertas. Y una vez que una persona expresa su voluntad en un testamento, siempre que el mismo cumpla con los requisitos de ley, es respetada la voluntad del testador".(81)

Es entonces importante saber que dentro de la sociedad mexicana, se está facultado para que toda persona con capacidad de ejercicio otorgue su última voluntad a través de un testamento, -- cualquiera que éste sea, sin embargo esa libertad de testar, como toda regla general tiene su excepción plasmada en la obligatoriedad de las personas que deben proporcionar alimentos a las personas que dependen económicamente del testador, y aunque a los herederos instituidos se les prive de lo necesario para otorgar alimentos a las personas que tengan ese derecho, el testamento en cuestión, se deja plenamente válido.

(81) Ernesto Gutiérrez y González, Ob. cit., pág. 549.

D) VENTAJAS, INCONVENIENTES Y OBJECIONES DEL TESTAMENTO OLOGRAFO

Ventajas.- "El testamento olografo es la forma más simple de testar. Permite a las personas disponer de sus bienes para después de su muerte, sin incurrir en gastos, prescindiendo las formalidades más o menos complicadas y tomándose todo el tiempo que quieran para testar, así como para modificar o revocar lo ya dispuesto. Puede ser otorgado en cualquier momento y en cualquier lugar; por lo que está particularmente al alcance de las personas enfermas y alejadas de los centros de población, para quienes no es fácil acudir a un escribano a fin de otorgar testamento por acto público. Le permite al testador mantener en secreto no solo el contenido, sino también la existencia del testamento, garantizándolo contra extrañas influencias y presiones. Si esas presiones se han ejercitado, puede en cualquier momento y con suma facilidad revocar el testamento que no es obra de su libre y sana voluntad!"(82)

En síntesis, estas ventajas versan sobre la facilidad que presenta el otorgamiento de la última voluntad; la economía, puesto que los gastos que ocasiona son realmente insignificantes y el secreto en que permanece lo dispuesto por el testador es importante.

(82) Santiago C. Fassi, Ob. cit., pág. 125.

Objeciones e Inconvenientes

Como inconvenientes principales del testamento ológrafo se han señalado el riesgo de destrucción que en nuestro régimen legal está prácticamente eliminado con la exigencia de su depósito en el Archivo General de Notarías, y en la circunstancia de -- que no ofrece seguridad acerca del estado mental del testador en el momento de otorgarlo, que es verdaderamente seria.

Sobre el particular, el maestro Antonio de Ibarrola, nos dice que el testamento ológrafo se objeta por las siguientes causas:

a) "Porque se presta a la falsedad y al fraude de que se hacen más fáciles la sugestión y la captación y permite falsificaciones, sobre las cuales los peritos están muy distantes de poder opinar con certeza.

b) Porque no deben otorgarse facilidades en detrimento de las garantías que deben tener los actos de esta gravedad.

c) La relativa a la facilidad de la desaparición en las legislaciones que, contrariamente a la nuestra, no exigen el depósito, lo cual en realidad viene a someter la eficacia del testamento a una operación ulterior y accesorio, que desnaturaliza --

el testamento ológrafo". (83)

En los pueblos acostumbrados a las fórmulas rápidas y sencillas, el testamento ológrafo suplanta a los demás; por su sencillez y su baratura es el testamento preferido entre nosotros por las clases modestas.

Por su parte, Santiago C. Fassi, manifiesta sobre las objeciones e inconvenientes del otorgamiento de testamento ológrafo las siguientes aseveraciones:

"Objetase al testamento ológrafo que, siendo el acto de testar el más serio y más grave de los actos jurídicos, es ilógico prescindir a su respecto de las solemnidades que se exigen para negocios patrimoniales entre vivos, menos importantes. Agrégase que, siendo el testamento ológrafo la obra personal del testador no siempre éste acierta en expresar claramente su pensamiento, dando lugar a difíciles problemas de interpretación.

Además facilita la captación y priva de la útil intervención de escribano y testigos para evitar que se teste en un momento de pérdida de la razón. Expone a tener por válido el testamento de un demente, mediante el arbitrio de darle al mismo una fecha anterior a la de su real otorgamiento. Puede perderse o --

(83) Antonio de Ibarrola, Ob. cit., pág. 663

destruirse por caso fortuito o dolo; puede ser alterado o falsificado, o negada su autenticidad desencadenando pleitos en que la prueba y su valoración no es sencilla. Todos esos inconvenientes no son tan serios e insuperables y las ventajas sobrepasan los inconvenientes, como lo acredita su cada vez mayor difusión, siendo la forma preferida de testar en los ordenamientos jurídicos que lo admiten. La autenticación de la escritura se realiza generalmente sin mayores dificultades; los testadores se asesoran para evitar obscuridades e insuficiencias en el contenido, y el peligro de pérdida se evita otorgándolo en depósito a personas o profesionales de confianza o guardándolo en cajas de seguridad".(84)

Por nuestra parte consideramos que el otorgar un testamento ológrafo sí es una optima opción de que puede prevalecerse - todo sujeto que goce de capacidad de ejercicio para manifestar su última voluntad.

Las ventajas que ofrece el otorgar un testamento de esta naturaleza vienen a justificar los intrascendentes inconvenientes que la doctrina ha encontrado en este acto jurídico. Sería oportuno, entonces, dar mayor difusión a esta clase de testamentos, ya que permite lograr esa liberalidad de los bienes sin la necesidad de acudir a un fedatario público, manteniendo así, con mayor eficacia la discreción y el secreto de esa última voluntad.

(84) Santiago C. Fassi, Ob. cit., págs. 125 y 126.

CONCLUSIONES

1. Nuestro Código Civil, en el artículo 1295 establece el concepto legal sobre la figura jurídica del testamento, sin embargo al haber revisado la doctrina nos percatamos que tal concepto es incompleto porque consideramos que debería quedar en los siguientes términos: "Testamento es un acto jurídico unilateral personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y declara o cumple deberes para después de su - - muerte". Las adiciones en acto jurídico unilateral, las consideramos relevantes porque no todos los actos son jurídicos; asimismo - consideramos que el término unilateral cabe agregarse toda vez que no es repetitivo de la palabra personalísimo, pues como sabemos la unilateralidad se refiere a una sola parte, misma que es suficiente para otorgar ciertos actos jurídicos como lo es el caso del testamento; mientras que el término personalísimo se refiere a que en este tipo de actos jurídicos no cabe representación alguna para el otorgamiento del mismo, pues se considera un acto in personae.

2. Teniendo como apoyo la conclusión anterior, consideramos por consecuencia que el Código Civil en el artículo 1550 relativo al concepto jurídico del Testamento Ológrafo debe ser adecuado en los siguientes términos: "Se llama testamento ológrafo - al acto jurídico unilateral, personalísimo revocable y libre escrito en su totalidad de puño y letra del testador, por el cual una -

persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte.

Los testamentos ... "

3. Del concepto de testamento, se desprenden dos - - ideas con las cuales estamos de acuerdo, es decir, la primera se refiere a que el testamento lo podemos conceptualizar como el acto jurídico ... a través del cual se manifiesta la última voluntad del autor de la herencia. La segunda idea es que al testamento lo podemos entender como el documento en que se plasma esa última voluntad. Ya se trate de un documento público o bien de un documento privado.

4. Por lo que respecta a la formalidad, consideramos que el testamento ológrafo es un acto jurídico formal porque para su existencia y validez es preciso que sea otorgado con todas las formalidades que exige la ley.

Los elementos que integran la formalidad del testamento ológrafo son:

a) Que el testamento ológrafo debe ser redactado y escrito de puño y letra por el propio autor de la sucesión.

b) Que ese acto jurídico debe contener la fecha en que

otorgó. Al respecto consideramos que también debería incluirse -
como requisito la inclusión del lugar en que se otorgue el testa-
mento.

c) Ese acto jurídico debe contener la firma autógrafa -
del otorgante.

5. El artículo 1551 del Código Civil establece que "Es
te testamento solo podrá ser otorgado por la o las personas mayo--
res de edad...

Los extranjeros ...".

Ahora bien, nosotros consideramos, que el Código Civil -
al hablar de "personas mayores de edad", no es del todo claro, por
que se presenta la situación de aquéllas personas que aún siendo -
mayores de edad sufren incapacidad legal para otorgar testamento, -
por otro lado no encontramos cuál es la razón suficientemente ju-
rídica para impedir que los menores de 18 años, pero mayores de --
16 años, que se encuentren emancipados puedan otorgar testamento -
ológrafo, lo cual se contradice a lo establecido por el artículo -
1306 fracción I del mismo Código. Por ello consideramos que la --
ley en este artículo además de ser rigorista al no permitir que --
los emancipados mayores de 16 años puedan otorgar este tipo de tes-
tamento, es también imprecisa dado que se limita a hablar únicamen-
te de mayores de edad. En consecuencia consideramos que el Código

Civil en el artículo 1551 debería hacer mención en todo caso, a personas con plena capacidad de ejercicio y por qué no abrir la posibilidad a los emancipados para otorgar a través de este testamento su última voluntad, ya que la realización de este acto jurídico no perjudica a nadie, porque sus efectos jurídicos se hacen presentes hasta el momento en que el autor de la sucesión deja de existir, biológicamente hablando. Consecuentemente si una persona incapaz otorgara testamento olografo, a nuestra consideración se estaría en presencia de una nulidad relativa del acto.

6. En cuanto a la nulidad proveniente de violencia física o moral para el otorgamiento del testamento olografo, el artículo 1485 del Código Civil, no es del todo preciso porque no establece si se trata de una nulidad absoluta o relativa, nosotros consideramos que será una nulidad relativa en los casos en que se presente violencia física ó violencia moral, o ambas, toda vez que al desaparecer el peligro, podrá revocarse ese testamento otorgado en forma viciosa, cumpliendo con todas las formalidades que exige la ley.

7. En lo relativo a la nulidad proveniente por dolo o fraude a que hace referencia el artículo 1487 del Código Civil, consideramos que, de presentarse en el testamento olografo, se estará en presencia de una nulidad relativa.

8. La nulidad que el Código Civil prevé en el artículo 1489 consideramos que se trata de una situación incompatible con el testamento ológrafo, por la naturaleza misma de este acto jurídico, es decir, ya mencionamos que es totalmente secreto y que para su confección se requiere que sea escrito de puño y letra del testador, por lo que el de cujus al expresar su voluntad por señas o monosílabos, estará ante otro tipo de testamentos, pero nunca ante un testamento ológrafo.

9. El artículo 1491 del Código Civil menciona una nulidad cuando se otorga un testamento en contravención a las formas prescritas por la ley, sin embargo por la naturaleza misma del acto y porque el consentimiento del de cujus debe ser otorgado a través de la confección del testamento por su puño y letra, consideramos que podía hablarse de una nulidad relativa pero si nos situamos en el momento en que ese testamento ha sido otorgado omitiendo la forma prescrita por la ley podemos considerar que esa nulidad pasaría de ser relativa a nulidad absoluta, puesto que en todo caso al morir el de cujus, ya no sería posible darle la forma exigida por la ley a ese testamento. Es decir, es preciso situarse en el momento en que ese tipo de testamento pueda ser calificado de nulidad relativa o absoluta, pues estará viciado de nulidad relativa hasta el momento en que el de cujus deje de existir pues antes de llegar este acontecimiento en cualquier momento el de cujus podrá darle la forma que exige la ley.

10. Nuestro sistema jurídico acepta tanto la sucesión testamentaria como la sucesión legítima y se habla de una tercera que sería la sucesión mixta, que como ya vimos es aquélla que también es llamada legítima pero que existe paralelamente a una sucesión testamentaria, toda vez que en dicha sucesión no se dispuso de la totalidad de la masa hereditaria subsistiendo así una sucesión testamentaria y una sucesión legítima, a la vez. Ahora bien, consideramos que la sucesión testamentaria tiene preferencia sobre la sucesión legítima, porque gracias a la sucesión testamentaria podemos conocer cuál fue la verdadera voluntad del de cujus, lo que no sucede en la sucesión legítima porque esta viene a suplir lo que pudo haber sido la voluntad del autor de la sucesión.

11. Por último consideramos que las ventajas que ofrece el testamento ológrafo sobre todo en esta época por la que atraviesa nuestro país, son bastante favorables por la relativa sencillez que reviste el acto, la economía y el secreto en que le permite al testador mantener su última voluntad, es decir, su contenido íntegro, así como la existencia del mismo.

B I B L I O G R A F I A

1. AGUILAR CARBAJAL LECPOLDO
SEGUNDO CURSO DE DERECHO CIVIL
Editorial Porrúa, S.A.
México 1975.
2. BAÑUELOS SANCHEZ FROYLAN
DERECHO NOTARIAL
Cárdenas Editor
México 1979.
3. BAÑUELOS SANCHEZ FROYLAN
INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS Y LOS TESTAMENTOS
Cárdenas Editor
México 1977.
4. BRUNER HEINRICH
HISTORIA DEL DERECHO GERMANICO
Editorial Labor
Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Río de Janeiro 1936
5. DE IBARROLA ANTONIO
COSAS Y SUCESIONES
Editorial Porrúa, S.A.
México 1977.

6. DE PINA RAFAEL
ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO
VOLUMEN II
Editorial Porrúa, S.A.
México 1983.

7. C. FASSI SANTIAGO
TRATADO DE LOS TESTAMENTOS
VOLUMEN I
Editorial Astrea
Buenos Aires 1970

8. FLORIS MARGADANT GUILLERMO
EL DERECHO PRIVADO ROMANO
Editorial Esfinge
México 1975.

9. FLORIS MARGADANT GUILLERMO
INTRODUCCION A LA HISTORIA DEL DERECHO MEXICANO
Editorial Porrúa, S.A.
México 1984.

10. GARCIA TRINIDAD
APUNTES DE INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO
Editorial Porrúa, S.A.
México 1976.

11. GUTIERREZ RAMOS RAQUEL Y
RAMOS VERASTEGUI ROSA MARIA
ESQUEMA FUNDAMENTAL DEL DERECHO MEXICANO
Editorial Porrúa, S.A.

12. GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO
EL PATRIMONIO PECUNIARIO Y MORAL
Editorial Cajica, S.A.
Puebla, México, 1980.

13. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS DE LA U.N.A.M.
INSTITUCIONES DEL DERECHO REAL DE CASTILLA Y DE INDIAS
TOMO II
U.N.A.M.
México 1982.

14. LEHR ERNESTO
TRATADO DE DERECHO CIVIL GERMANICO
Editorial Librería Leocadio López
Madrid 1978

15. LEMUS GARCIA RAUL
DERECHO ROMANO
Editorial Limusa
México 1977

16. LOEWENWARTER VICTOR
DERECHO CIVIL ALEMAN
Editorial Nacimiento
Santiago, Chile 1943.

17. MAZEAUD, JEAN, HENRI Y LEON
LECCIONES DE DERECHO CIVIL
PARTE CUARTA
Ediciones Jurídicas Europa- America
Buenos Aires 1975

18. MENDIETA Y NUÑEZ LUCIO
EL DERECHO PRECOLONIAL
Editorial Porrúa, S.A.
México 1985

19. MOTO SALAZAR EFRAIN
ELEMENTOS DE DERECHO
Editorial Porrúa, S.A.
México 1981

20. MUÑOZ LUIS
DERECHO CIVIL MEXICANO
Editorial Modelo
México 1971.

21. PENICHE LOPEZ EDGARDO
INTRODUCCION AL DERECHO CIVIL
Editorial Porrúa, S.A.
México 1982
22. PETIT EUGENE
TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO
Editorial Trillas
México 1982.
23. RIPERT GEORGES Y BOULANGER
TRATADO DE DERECHO CIVIL SEGUN EL TRATADO DE PLANIOL
TOMO X, PRIMER VOLUMEN
Editorial La Ley
Buenos Aires 1969
24. ROJINA VILLEGAS RAFAEL
DERECHO CIVIL MEXICANO
TOMO IV
Editorial Porrúa, S.A.
México 1984.
25. SOTO ALVAREZ CLEMENTE
DERECHO Y NOCIONES DE DERECHO CIVIL
Editorial Limusa
México 1984
26. VENTURA SILVA SABINO
DERECHO ROMANO
Editorial Porrúa, S.A.
México 1978.

L E Y E S Y J U R I S P R U D E N C I A

1. **CONSTITUCION PCLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS**
Editorial Porrúa, S.A.
México, 1986.

2. **CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN**
Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL..
Editorial Porrúa, S.A.
México 1986

3. **CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL**
Editorial Porrúa, S.A.
México 1986.

4. **S. CASTRO ZAVALETA Y LUIS MUÑOS**
55 AÑOS DE JURISPRUDENCIA MEXICANA 1917 - 1971
TOMO IV
Cárdenas Editor
México 1975.