

473
24

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

"EL TESTAMENTO PRIVADO Y SU NULIDAD POR FALTA DE FORMA".



DERECHO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :

MARCOS MAJIN LEON

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN





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.

I N D I C E

CONCEPTOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DE SUCESION

CAPITULO PRIMERO

	pag.
Indice	1
1.- La Sucesión Lato Sensu	2
a).- La Sucesión Stricto Sensu	3
b).- Definición	3
2.- Derecho Sucesorio	5
a).- Definición	5
b).- Características	8
c).- Intereses que se contemplan	9
3.- La herencia	15
a).- Concepto.....	16
b).- Características	16
4.- La Sucesión Legítima	23
5.- La Sucesión Testamentaria	25
6.- Sujetos de Derecho Sucesorio	28
a).- El Testador	29
b).- El Mercedero	31
c).- El Legatario	39
d).- El Albacea	40
e).- Los Interventores	41
f).- Los Acreedores de la Herencia	42
g).- Deudores de la Herencia	45

h).- Los Acreedores y Deudores del Heredero y Legatario ..	46
7.- El Testamento	48
A).- Definición	48
B).- Elementos	48
C).- Características	49
D).- Formas y Clases de Testamento	63
8.- Testamento Privado	64

CAPITULO SEGUNDO

ANTECEDENTES JURIDICOS DEL TESTAMENTO

	pág.
1.- Derecho Romano	68
2.- Formas del Testamento Romano	78
a).- Calatis Comitiis	79
b).- In Proncictu	79
c).- Mancipatorio	80
d).- Tripartita	83
e).- Militar	90
f).- Apud Acta Conditum y Proncipi oblatum	95
3.- Derecho Germánico	96
4.- Código de Napoleón	97
a).- Sistema en materia testamentaria	98
5.- Derecho Español	108
a).- Las Partidas	109
b).- El Fuero Juzgo	115
c).- Novísima Recopilación	116

6.- Derecho Mexicano	118
a).- Código Civil de 1870	119
b).- Código Civil de 1884	121

CAPITULO TERCERO

EL PRINCIPIO DE LA LIBRE TESTAMENTIFACCION

	pág.
1.- La Sucesión Mortis Causa y su fundamento	128
2.- La Sucesión Legítima y Testamentaria	132
3.- El fundamento y legitimidad	134
a).- Teorías que la aceptan	136
b).- Teorías que la rechazan	138
4.- La libre testamentifacción	141
a).- Análisis	142
b).- Contenido	154
c).- Su fundamento doctrinal	155
d).- Sus alcances	156
e).- Su limitación	160

CAPITULO CUARTO

ESBOZO SOBRE CONCEPTOS LIGADOS A LOS TESTAMENTOS EN GENERAL

pág.

1.- Ideas y conceptos sobre los testamentos	163
a).- La forma	166
b).- La solemnidad	170
c).- La formalidad	171
2.- Formas exigidas para los testamentos en general	172
a).- Presencia de testigos	174
b).- Depósito	175
c).- Firma de los intervinientes	177
d).- Redacción por escrito	179
e).- Intervención de Notario Público	184
f).- Fe pública	197
g).- Asentamiento del lugar, año, mes, día y hora	204
h).- Prohibición de los amanuenses de ser testigos en la redacción de testamentos	207

CAPITULO QUINTO

CASOS ESPECIFICOS EN QUE DEBE OTORGARSE TESTAMENTO PRIVADO

1.- análisis de las fracciones del artículo 1565 del Código Civil Vigente	217
a).- Primera fracción	232

b).- Segunda fracción	239
c).- Tercera fracción	243
d).- Cuarta fracción	253
2.- Formas requeridas para el testamento privado	259
a).- Redacción por escrito	259
b).- Oral	262
c).- Presencia de testigos	267
3.- Aspectos que deben observarse (artículos del 1512 al 1519 del Código Civil)	267
4.- Formalización del testamento para su validez	271
a).- Pedimento de los interesados	273
b).- Concurrencia ante el Juez	274
c).- Declaración de los testigos	275
d).- Fundamento de la presencia del Juez	281
e).- Asistencia del Ministerio Público	282
f).- Idoneidad de los testigos	282
5.- Sentencia de declaración de ser formal el testamento privado	284
6.- Efectos que produce la oposición ante el Juez, de que se formalice el testamento por un consanguíneo del de cujus	285
7.- Protocolización del testamento ante Notario Público .	299

CAPITULO SEXTO

NULIDAD DEL TESTAMENTO PRIVADO POR FALTA DE FORMA

1.- Elementos de existencia y requisitos de validéz del acto jurídico	290
2.- Nulidad absoluta, nulidad relativa y la inexistencia ..	291
a).- Teorías acogidas por nuestro Código Civil Vigente	301
3.- Teoría general de las nulidades y el testamento privado	306
4.- Consecuencias que se producen en el testamento privado, por la ausencia de alguno de los requisitos de forma que para él se exigen	308
5.- Consideraciones finales	315
6.- Conclusiones	320
7.- Bibliografía	324

"EL TESTAMENTO PRIVADO Y SU NULIDAD POR FALTA DE FORMA"

Capítulo Primero

CONCEPTOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DE SUCESION

1.- La Sucesión Lato Sensu.

El término "sucesión" tiene diferentes connotaciones y en consecuencia una multiplicidad de usos. No es lo mismo hablar de sucesión en la actividad política, en la proyección de una telenovela o jurídicamente hablando. En el quehacer político se hablará cada 6 años de "sucesión presidencial" entendiéndose ésta, como un fenómeno político-social en el cual el presidente de la República Mexicana será substituido en el cargo mediante el procedimiento establecido en nuestra Constitución Federal; en una telenovela se hablará de "sucesión" entendiéndose como tal el desarrollo en los episodios o capítulos puestos en escena. Jurídicamente cuando hablamos de "sucesión" inmediatamente relacionamos el vocablo con el patrimonio de una persona que ha fallecido y que será substituida en su patrimonio por otra persona viva. Con este fenómeno regulado por la ley, un patrimonio perdura mediante el cambio de su titular. En las acepciones mencionadas, incluyendo la jurídica, tiene en particular en que sucesión es sinónimo de substitución; porque un presidente de la República será substituido en el cargo por otra persona, un episodio o capítulo de una telenovela será

substituido por otro y una persona que fallece será substituida en su patrimonio por otra persona viva.

La sucesión en sentido amplio se debe entender como la substitución de un acto o hecho por otro siguiente de su misma especie y naturaleza para darle continuidad y vida a algún fenómeno.

El fenómeno de que se habla puede ser social, político, económico, cultural, físico, químico, biológico, jurídico, etc. En este sentido, la sucesión es la generalidad de substituciones que se dan en todas las relaciones que existen y son necesarias en dicho fenómeno.

Sucesión Strictu Sensu.

La sucesión en sentido estricto estará invariablemente vinculado al fenómeno físico de la muerte de una persona y que es regulada jurídicamente en lo que se refiere a la transmisión de su patrimonio a otra persona viva designada por el difunto con anterioridad o por disposición de la ley.

Dice Savigny que "La sucesión es una transformación puramente subjetiva de una relación de derecho" citado por Antonio de Ibarrola en su obra "Cosas y Sucesiones" Quinta edición, editorial Porrúa, México, 1981 (pág. 623). Sobre este particular Planiol dice que "La sucesión es la transmisión del patrimonio entero de un difunto a una o varias personas vivas" citado por Antonio de Ibarrola (en su Obra citada pág. 623). Siempre que se dé el fenómeno jurídico de la sucesión, estaremos

ante la presencia de una persona muerta, que fué el titular del patrimonio y de otra u otras vivas que se disputarán la titularidad del patrimonio y que al final se repartirán.

El vocablo "sucesión" se utiliza en nuestro Código Civil como sinónimo de herencia, pues en su artículo 1281 dice que HERENCIA es la sucesión de todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte.

Concepto. Siguiendo al Maestro Antonio de Ibarrola (obra citada, pág. 623) dice que el derecho de sucesión es una "RELACION de momento, que sigue a otra" y cuando hablamos de ella "El fenómeno que salta a nuestra vista es el de que un PATRIMONIO perdura a través del cambio de su TITULAR",

Nos referimos unicamente a la sucesión por causa de muerte o mortis causa, siendo aquella que tiene lugar sólo a la muerte del autor de derechos reales, de crédito o personales, obligaciones y que han de transmitirse en favor de otro u otros.

La sucesión mortis causa se le conoce también como "Derecho Sucesorio" y dicho término tiene semejanza estrecha con el vocablo herencia, pues, como ya se señaló anteriormente, nuestro Código Civil al respecto comienza diciendo que "HERENCIA es la SUCESION etc.", no obstante dicho término implica un concepto genérico que en derecho se aplica a todos los casos en que la persona viva substituye a otra difunta en su TOTALIDAD o parcialmente de sus derechos, bienes u obligaciones que no se extinguen por la muerte.

A) Definición. La sucesión o derecho sucesorio, es el conjunto de disposiciones jurídicas vigentes que regulan la forma en que han de transmitirse la totalidad de los derechos del de cujus en favor de otra u otras personas vivas, ya sea por disposición testamentaria o intestada.

2.- Derecho Sucesorio.

El derecho sucesorio es una parte importante del derecho civil y que regula en forma particular la sucesión por causa de muerte, como fenómeno y que en nuestro sistema legal es la única forma en que se pueden transmitir los derechos y obligaciones del de cujus en favor de otro.

En consecuencia, el derecho sucesorio tiene aplicación cuando una persona viva substituye a otra en un derecho u obligación después de la muerte de ésta.

Nos hemos estado refiriendo a la muerte de una persona física, como un acontecimiento futuro y de realización cierta, pero no nos referimos a la muerte de una persona colectiva "ente colectivo" (mal llamada persona moral; como si lo moral dependiera del número de personas que lo integran). La muerte del ente colectivo se regula en el Código de Comercio en donde reglamenta la disolución y liquidación de las sociedades.

El maestro Ernesto Gutiérrez y González (en su libro "El Patrimonio," (Quinta Edición, Editorial Cajica, S.A., Puebla, México, 1980, pág. 521) define el derecho sucesorio "Como el régimen Jurídico procesal que regula la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones de una persona a otra u otras,

así como el cumplimiento de sus deberes declarados en el momento en que la primera fallece". El patrimonio de una persona se prolonga a través del cambio de la substitución de su titular. Planiol define la sucesión "como la transmisión del patrimonio entero de un difunto a una o varias personas vivas" citado por Antonio de Ibarrola (obra citada, pág. 623). Dice Ruggiero que "el derecho sucesorio haya su fundamento racional en la necesidad de que la muerte no rompa las relaciones de quien deja de existir, ya que la interrupción de tales relaciones repercutiría perjudicialmente en la economía general". (citado por Rafaél de Pina (pag. 255) " Elementos de Derecho Civil Mexicano", Volúmen II, Quinta Edición, 1973. Editorial Porrúa, S. A., México, D. F.

En cuanto a la naturaleza jurídica del derecho sucesorio, escribe Castán Tobeñas - citado por De Pina (obra citada, pag. 255) dice : " que si bien tiene de común con los derechos reales el ser absoluto, su naturaleza es compleja y universal, más bién que real, porque se refiere a un conjunto de relaciones jurídicas que como pueden ser reales como personales".

"La circunstancia de que el derecho sucesorio o de sucesiones -sigue diciendo Rotondi- sea parte del Derecho Civil, autoriza su calificación generalmente afirmada de derecho privado. No obstante, esta calificación podría ser objetada en forma parecida a como se ha hecho con el derecho de familia" (Obra citada, pag.256). Se ha dicho por la generalidad de los autores que el derecho civil es derecho privado atendiendo a los sujetos a

quien van dirigidas las normas y así tenemos que el derecho lo han clasificado en derecho público y privado. La utilidad de que se tiene en la mencionada clasificación es en el campo didáctico para su enseñanza y fácil asimilación por el estudiante, si no fuera de esta forma en que se ha clasificado por materias inclusive, su enseñanza y aplicación sería un caos. En resumen el derecho es único, pero para efectos didácticos se va a clasificar en derecho público, privado y social para los mismos fines y de aplicación a su vez, se va a ramificar atendiendo a la materia que va a regular; así tendremos Derecho Constitucional, Penal, Civil, Administrativo, Laboral, etc. En materia civil aún más, se va a subdividir como lo hace nuestro Código y todos los demás, así tendremos el capítulo "DE LAS PERSONAS" en donde se regula si es física ó moral (mal llamada); domicilio, nacimiento, matrimonio, alimentos, divorcio, muerte, etc. El capítulo "DE LOS BIENES" comprende cinco derechos reales, la prescripción y derechos de autor. En el libro tercero "DE LAS SUCESIONES" regula todo lo relacionado con la transmisión de derechos y obligaciones que fuerón del difunto hacia una o varias personas y que no se extinguen con su muerte conforme a la ley. De la misma manera tenemos el libro cuarto "DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL". Volviendo al tema que nos ocupa, si aceptamos dicha clasificación tradicional no en relación con el derecho, sino en un sentido distinto, que no desconozca la trascendencia social y el interés público que representa la reglamentación legal del fenómeno de la

sucesión por causa de muerte.

El hecho de que existan obras que se refieran a la exposición y estudio del derecho sucesorio o sucesiones, no significa que ella sea autónoma respecto del Derecho Civil, sino que vienen a enriquecer precisamente el Derecho Civil y que por la amplitud de la materia es necesaria dicha clasificación y de su tratamiento parecerá que es autónoma, pero para su enseñanza, exposición y aplicación de dicha clasificación y división es muy útil. (ideas obtenidas de Rafaél de Pina, obra citada, pag. 256).

B) Características.

La característica genérica del derecho sucesorio consiste en que todo éste régimen se establece con el carácter transitorio para regir el patrimonio del autor de la sucesión. Es un conjunto de disposiciones que duran en su aplicación solamente el tiempo que dura la transmisión de los derechos y obligaciones del de cujus.

La unicidad del derecho sucesorio en México, en contraste con algunos países de origen anglosajón estriba en que todos los bienes que fuerón del causante, sin distinción de ninguna especie, están sujetos a un régimen unitario, es decir nuestra legislación no distingue si se trata de bienes o muebles inmuebles, evitando así complicaciones que presentan otros sistemas con sus procedimientos sucesorios. (ideas obtenidas de los autores, Gutiérrez y González, de Pina y Antonio de Ibarrola, en sus obras, ya citadas).

C) Intereses que se contemplan en el Derecho Sucesorio.

En toda sucesión se encuentran frente a frente cuatro categorías de intereses a saber: del estado, del individuo, de la familia y de la sociedad. (ideas obtenidas de Antonio de Ibarrola, con su obra citada, pag. 625 y sigs.)

El estado tiene interés en toda sucesión en cuanto a que puede ser heredero ó puede tener algún beneficio en el impuesto que se aplica a la transmisión de los bienes o derechos. La ley establece en el artículo 1602 que la Beneficiencia Pública puede heredar por sucesión legítima. Entonces, el estado puede heredar por conducto de la Beneficiencia Pública y de aquí se deriva el interés del Estado en la sucesión, a través de estar interesado en recibir el pago de los impuestos sobre herencias establecidas.

El interés individual puede verse desde dos puntos de vista:

a) Interés del de un tercero y

b) Interés del de cujus

a) La persona que vivió con el causante o que lo ayudó e impulso durante su vida, es indudable que tiene interés en la medida en que puede tener participación en la sucesión.

b) por el principio de la libre testamentifacción acogida en nuestro Código, el causante tiene interés en que la última voluntad plasmada en un testamento, sea respetada en los términos allí consignados.

La familia, no cabe duda de que tiene interés, porque si el

causante ha amasado una fortuna, es posible que lo haya hecho con su ayuda y por tanto tiene interés en participar en la sucesión. Aún cuando no fuera así, por el grado de familiaridad y conforme a los derechos que le confiere la ley, tiene interés en la sucesión.

Por última, el interés de la sociedad se refleja en que los derechos, bienes y obligaciones del de cujus queden controlados y no se cree un caos económico, sino por el contrario haya alguien que se encargue de dichas situaciones impidiendo que las relaciones jurídicas establecidas entre los miembros de la sociedad se vean rotas por la muerte del causante. ¡Cuanta razón tenía Hans Kelsen al decir que el patrimonio del difunto es un centro de imputación de INTERESSES. (Antonio de Ibarrola Obra citada, pág. 634).

Es la ley quien debe delimitar y precisar los derechos, resolviendo las situaciones de cada una de éstas categorías de "interesados" y no permitir que ninguna de ellas abuse en detrimento de las demás.

Como ya mencionamos, en nuestro sistema jurídico se ha adoptado el principio de Libre Testamentifacción y la voluntad del testador es la ley Suprema, solamente es parcialmente interrumpida cuando teniendo el cesante obligación de proporcionar alimentos, no contempla en su testamento su suministro, declarándose en estos casos la INEFICACIDAD del testamento, pero sólo en los casos establecidos en los artículos 1368 y 1374 del Código Civil, pero sin que ello obste o desvirtúe

en manera alguna la libertad de testar. De esta manera el testador puede disponer de la totalidad de su patrimonio en favor de cualquier persona o personas, teniendo como limitación su propia preferencia. Es decir, que no está obligado ante sus hijos mayores de edad y con ámbas capacidades.

El derecho hereditario versan siempre sobre el pátrimonio en su totalidad, comprendiendo activo y pasivo, bienes, créditos y obligaciones; es decir la universalidad de los derechos y obligaciones del difunto.

Dice el maestro Antonio de Ibarrola (en su libro "Cosas y Sucesiones" ya citada, pág. 635) que "El Derecho Civil hereditario tiene por objeto, en cuanto a su aspecto relacionado con el Derecho Público, la ESTABILIDAD del crédito, la firmeza de la contratación y la regularidad de las relaciones patrimoniales: el heredero es un continuador del patrimonio, tanto en sus relaciones activas como pasivas. La finalidad económica es esencial para el régimen de los contratos, que perdiéran todo su valor si la muerte del acreedor o del deudor extinguiesen sus derechos y obligaciones, garantiza así el derecho hereditario los derechos de los TERCEROS".

Nuestro código de 1870 que estaba inspirado en el código de Napoleón y que éste a su vez lo estaba en el portugués -ideas obtenidas de Antonio de Ibarrola (obra citada, pag. 635)-, existen ficciones por disposición de la ley, al decir, que el heredero es un continuador de la persona del difunto y que continúan todos los derechos del finado; que el heredero tiene

personalidad que es la del difunto, que el albacea es el representante de la sucesión o herencia como lo llama la ley, tal parece que la ley crea una persona moral o colectiva al decir: artículo 1705 del Código Civil "El albacea debe deducir todas las acciones que pertenezcan a la herencia" Artículo 1721 "El albacea sólo puede dar en arrendamiento hasta por un año, los bienes de la herencia". Artículo 1706 "son obligaciones del albacea general: VII.- La defensa, en juicio y fuera de él, así de la herencia como la validez del testamento". Todas ellas son ficciones de la ley, porque el heredero no es el representante del difunto, porque el mandato presupone la existencia del mandante y precisamente una de las formas de extinguir el mandato es con la muerte del mandante, y la herencia no es persona colectiva porque la intención de la ley no es haber creado tal persona colectiva, sino que tuvo que recurrir a tales ficciones. Razones sobran para justificarlas, porque el "muerto" ya no puede ser sujeto de imputaciones de derecho y obligaciones y surgió la necesidad de crear dichas ficciones. El heredero es continuador del patrimonio pero no de la personalidad del difunto. (ideas obtenidas de Gutiérrez y González, Rojina Villegas y De Pina, en sus obras, ya citadas).

El papel que desempeña el autor de la herencia en la sucesión legítima y testamentaria en el derecho hereditario es de la siguiente manera: En la primera solamente es punto de referencia para que se opere la transmisión de la totalidad de su

patrimonio, extinguiéndose su personalidad en su muerte.

El Maestro Rojina Villegas (en su obra "Derecho Civil Mexicano" tomo IV. "De las sucesiones" Edición primera, editorial Porrúa pág. 33) nos dice "En la sucesión testamentaria el testador si es un sujeto del derecho hereditario cuya conducta jurídica se encuentra regulada no sólo para dictar válidamente su testamento, sino también para definir hasta donde alcanza el poder de su voluntad por reconocimiento de la norma y en que aspectos debe subordinarse a disposiciones prohibitivas o imperativas que lo obligan a disponer en cierta forma de sus bienes según las diversas legislaciones que no admitan plenamente la libertad de testar o que la sometan a la necesidad de asegurar a ciertas personas, bajo la sanción de que el testamento será inoficioso en caso contrario, reduciéndose en la medida conducente para cumplir con ésta obligación".

Sobre el derecho de sucesión y derecho hereditario el maestro Rojina Villegas (Obra citada, pág. 13 y 14) dice: "Dentro del derecho de sucesión se comprende el derecho hereditario, el cual se halla en relación con aquél, como la especie con el género, ya que en la sucesión mortis causa supone el que una persona ocupa el lugar de otra que ha fallecido, bien en la totalidad de sus relaciones patrimoniales o bien en alguna de ellas, para concebir el derecho hereditario hace falta restringir el de sucesión a la sucesión universal, la cual constituye en sentido propio la herencia. Herencia es un sentido objetivo, todo el patrimonio de un difunto, considerado como una unidad que abarca

y comprende toda relación jurídica del causante independientemente de los elementos singulares que lo integran; es la totalidad de las relaciones patrimoniales unidos por un vínculo que dá al conjunto de tales relaciones carácter unitario, haciéndolo independiente de su contenido efectivo, es en suma, una unidad que comprende cosas y derechos, crédito y derecho, y que puede ser un patrimonio activo si los elementos activos superan a los pasivos".

Podemos decir objetivamente que el derecho hereditario es el conjunto de normas que regulan la sucesión ó subrogación del heredero en todas las relaciones patrimoniales transmitibles y que fueron dejados por el difunto.

Subjetivamente el Derecho Hereditario es aquel derecho que le asiste al heredero sobre la universalidad de los bienes de la herencia considerada como una unidad. Esto conlleva una relación jurídica entre el heredero y los bienes concretos que forman el haber hereditario; primero, porque éstos bienes pueden faltar si el pasivo es mayor que el activo y segundo, porque mientras la herencia esta indivisa, cada heredero sólo tiene un derecho abstracto e indeterminado sobre la masa hereditaria, mientras que el derecho de sucesión es la transmisión del patrimonio del difunto hacia otra u otras personas y el derecho hereditario es el conjunto de disposiciones que toman actualidad al momento en que fallece el causante y se actualizan al caso concreto, es cuando por otra ficción de la ley, se tiene a los herederos que han tomado la posesión y propiedad de los bienes, desde el

momento preciso en que fallece el causante y que por este motivo los bienes en ningún momento han dejado de tener dueño, así también sucede en todos los derechos y obligaciones del de cujus. El derecho hereditario es lo relacionado con la tramitación y relación guardada que tiene que ver entre el causante y todos los sujetos que intervinieron directamente con la sucesión ó herencia. Existe una relación estrecha entre las figuras jurídicas de derecho de sucesión y derecho hereditario, porque ámbos se refieren al fenómeno jurídico de la muerte, pero la sucesión se identifica con la herencia y la ley así la llama. Por lo que, cuando se habla de sucesión debe entenderse como herencia.

3.- Herencia.

El maestro Gutiérrez y González (en su obra citada, pág. 520) hace una crítica al artículo 1281 del Código Civil, pues al decir que "herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte", advierte que el difunto ya no puede ser titular de ningún bien, tampoco sujeto de imputaciones de derecho y obligaciones y que la ley en vez de decir que la herencia es la sucesión en todos los bienes, derechos y obligaciones del difunto, debió decir "que fuerón del autor de la misma". Dicha crítica es acertada y contribuye a perfeccionar los términos usados en nuestro Código, el cual sea dicho de paso, tiene varios errores en algunos términos y sentido

gramatical, tales errores ya han sido criticados por tratadistas como el ántes mencionado.

El maestro Rojina Villegas (obra citada, pág. 14) dice que "la palabra herencia puede entenderse en sentido objetivo y subjetivo y aquel equivale a sucesión universal y éste a la masa de bienes y relaciones patrimoniales que son objeto de la sucesión".

a) Concepto de Herencia.

De acuerdo al sentido objetivo, sólo puede hablarse de herencia a la muerte del causante y no antes, herencia es el nombre que toma el patrimonio del causante de la sucesión mortis causa.

De los conceptos que han propuesto diversos tratadistas al de herencia, la generalidad de ellos coinciden, si a caso algún juego de palabras, pues los elementos son los mismos en cuanto a la crítica del maestro Gutiérrez y González (obra citada, pág. 520) al precepto citado quedará: "Herencia es la sucesión en todos los bienes, derechos y obligaciones que pertenecieron al causante en vida y que no se extinguen por su muerte".

b) Características.

(ideas obtenidas de Gutiérrez y González, de su obra "EL PATRIMONIO", ya citada, pag. 522 - 532) Del concepto de herencia desprendemos las siguientes características :

- 1.- La herencia es un concepto aplicable exclusivamente sólo a las personas físicas no respecto a las personas que fuerón

colectivas.

Cuando una persona colectiva "fallece" se regula dicha situación por los artículos 2720 al 2735 del Código Civil y se le llama de la disolución y liquidación de la sociedad.

- 2.- La sucesión: herencia constituye un juicio universal de naturaleza atractiva, quiere decir que el juicio se hace extensivo a todos los bienes, derechos y obligaciones del causante, sin excluirse alguno, mediante el juicio sucesorio.
- 3.- La herencia sólo produce efectos mortis causa, es decir sólo opera ó recobra actualidad cuando muere el autor de la misma. Si el causante otorga testamento para cuando fallezca y nombra herederos ó legatarios, adquirirán los bienes, derechos u obligaciones, hasta que se actualice el acontecimiento de la muerte de aquél y mediante el procedimiento respectivo, mientras sus nombramientos serán espectativas de derechos y no derechos adquiridos. Púés el testador puede válidamente revocar sus disposiciones testamentarias en favor de otras personas, por ésta razón la ley prohíbe a ámbos enajenar su parte en la herencia, pudiendo hacerlo sólo en el caso de que el testador hubiese fallecido como lo establece el artículo 1291 del Código Civil.
- 4.- La herencia es por esencia gratuita, aunque ello no significa que no pueda el testador dejar ciertas cargas a los herederos ó legatarios, las que deberán ser inferiores

para que se siga estimando gratuita. Porque debe tenerse presente que toda herencia se entiende recibida a beneficio de inventario, nunca puede ser inferior al valor de la carga que le deja el testador.

5.- La herencia no constituye una persona moral, aunque si se hace una incorrecta interpretación de la ley, tal parece que se crea tal persona colectiva. No es así por dos fundamentales razones:

a) la primera razón es formal, pues el Código Civil en su artículo 25 al clasificar las personas morales, de dicha clasificación no se desprende como tal.

b) La otra es, por cierto coinciden todos los tratadistas que, en nuestro código no existe la herencia yacente, que es aquella que no tiene titular por cualquier causa, ya que por disposición ó ficción de la ley los bienes, derechos y obligaciones que fuerón del causante se transmiten automáticamente a los herederos ó legatarios legítimos ó testamentarios. Es decir, que en nuestro sistema jurídico se crea una ficción, en el cual en el último instante de la vida del de cujus está siendo substituido de pleno derecho por sus herederos ó legatarios.

En la sucesión Mortis Causa la transmisión de los bienes pueden ser por: sucesión legal, sucesión testamentaria y sucesión contractual.

a) La sucesión legal es la que se define por la determinación de la ley generalmente a favor de los parientes más

próximos, por que los más próximos excluyen a los más lejanos.

b) La testamentaria es aquella que se difiere por voluntad del autor de la herencia a través del testamento otorgado legalmente, en el cual se encuentra establecida la última voluntad del autor de la herencia en relación con sus bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por su muerte.

c) La sucesión contractual -ideas obtenidas de Rafael De Pina (obra citada, pag. 326 y sigs) y Antonio de Ibarrola (obra citada, pag. 865 y sigs.)- es aquella que se difiere mediante un contrato ó convenio celebrado entre dos personas o más,

para que en forma irrevocable sucede la que viva en todos sus derechos y obligaciones de conformidad con lo pactado o bien ambos pueden pactar para que un tercero los suceda.

En este último tipo de sucesión hay dos especies, la primera recibe el nombre de sucesión por hermandad ó reciproca y la segunda testamento mere simultanium. Estos dos testamentos prohibidos expresamente en nuestro derecho, por disposición del artículo 1296 del Código Civil que dice "No pueden testar en el mismo acto dos o más personas, ya en provecho recíproco, ya en favor de un tercero".

La explicación a la prohibición a estos tipos de testamentos es la siguiente: Tendrían que enfrentarse dos principios básicos e

importantes, primero en materia de sucesión y la segunda en materia contractual.

En materia de sucesiones, el testamento es el único acto jurídico por esencia unilateral y revocable, en contraposición del contrato, el cual es irrevocable y no se puede dejar el cumplimiento de las obligaciones al arbitrio de una de las partes. De esta manera, nos encontramos frente a la irrevocabilidad por cualquiera de las partes del contrato y la revocabilidad del testamento por el testador, ante esta situación y para evitarla, el legislador obrando sabiamente, ha prohibido el testamento por contrato ó sucesión contractual.

Hay lineamientos que constituyen principios fundamentales de la herencia -ideas obtenidas de Gutiérrez y González (en su obra, pag. 521 y sigs.) y De Pina (obra citada, pags. 265 y sigs.). mismo que se puedan exponer de la siguiente manera:

- 1.- Los herederos suceden al autor de la herencia en todos sus bienes, derechos y obligaciones. Este principio la doctrina lo ha llamado de continuidad y se ha tratado de explicar de la siguiente manera:
 - a) Se ha dicho que este principio de continuidad su fundamento es la idea de representación. Se pretende que a través de ella se da la base para la transmisión de los bienes a los herederos y añade, que a través de un mandato otorgado a los herederos, estos continúan con la personalidad del de cujus.
 - b) Hay quienes sostienen que la continuidad de la personalidad

del difunto es consecuciade la transmisión del patrimonio. Que junto con él se recibe en forma inherente la continuidad en relación a la personalidad del autor de la herencia.

- c) Otra opinión sostiene que la continuidad de la personalidad del difunto, se explica en virtud de una disposición de la ley, es decir, su fundamento es una disposición legal.

Al ver estas opiniones, que desde luego creemos que se han hecho con la mejor de las intenciones, debemos preguntarnos ¿Cuál es la más acertada para fundamentar la razón por la cual herederos y legatarios suceden al autor de la herencia? ¿Será verdad que se prolonga la personalidad del de cujus hacia los herederos?. La tesis de la representación, como ya se mencionó anteriormente, es falsa, porque en la Fracción III del Artículo 2595 del Código Civil, establece que el mandato termina precisamente por la muerte del mandante o del mandatario.

La anterior tesis se basa en el siguiente razonamiento: El heredero es un representante del autor de la sucesión, pues se convierte en titular del patrimonio de aquel, pero la personalidad del autor de la sucesión se extingue por la muerte, de tal manera que al faltar una de las partes, la representación no puede existir.

La siguiente tesis señala que la continuidad se verifica por la transmisión de la totalidad del patrimonio, como una consecuencia inherente a dicha transmisión. Esta tesis tampoco es correcta porque en verdad los bienes del causante no pertenecen a él ni

permanecen yacontes ó vacantes, un sólo momento. En consecuencia de esto, no cabe la idea de la continuidad derivada de la transmisión del conjunto de bienes y obligaciones del difunto. Como ya se ha sostenido con anterioridad, la transmisión de la totalidad de bienes, derechos y obligaciones del de cujus, se realiza en virtud de una ficción de la ley, que consiste en que el legislador dispone que se considere que en el preciso instante en que el causante fallece, está sientto substituido por los herederos, sin que siquiera se necesite la aceptación de la herencia, más aún, el heredero puede no darse cuenta de que estan entrando unos bienes a su patrimonio, con mucha más razón, ni siquiera hace falta que tome posesión de ellos, dándose de esta manera perfectamente la continuidad entre el autor de la herencia y sus sucesores, en el entendido de que solamente se da ésta continuidad con relación al patrimonio y no de la personalidad del finado, entendiendo por personalidad la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, pues la personalidad se extingue con la muerte.

2.- Otro principio que podemos sentar es que la transmisión a favor de los herederos se realiza en el momento de la muerte del autor de la herencia y no habría transmisión si el autor de la herencia y sucesores mueren simultaneamente. Podría haber sucesión en este caso solamente que fuera posible determinar que el testador falleció antes que los herederos.

3.- Existe otro principio consistente en que la sucesión testamentaria tiene preferencia en nuestro derecho positivo a la sucesión legítima ó abintestato, por la libre testamentifacción acaptada como principio por nuestro derecho.

4.- Las dos sucesiones, la testamentaria y legítima, pueden abrirse simultáneamente en el caso de que una persona disponga de una parte de sus bienes por testamento, pero no de la totalidad.

Los parientes más próximos excluyen a los más lejanos y los parientes por afinidad nunca son llamados a la sucesión legítima.

5.- Además se pueden aplicar a la sucesión los principios generales que rigen en los contratos en lo que no se oponga a su naturaleza ó a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos, de conformidad con el artículo 1859 99del Código Civil.

4.- La Sucesión Legítima.

Como ya se ha dicho con anterioridad, la sucesión legítima o legal es la sucesión en todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que fallece sin haber otorgado disposición testamentaria o que habiendo otorgado disposición testamentaria, se declara nulo total o parcialmente por vía judicial en consecuencia; La ley dispondrá la forma en que han de suceder los parientes legítimos del finado o el Estado (Beneficencia

Pública) a falta de aquellos. (ideas tomadas de Gutiérrez y González -obra citada, pag. 651 - 654-)

Solamente hay herencia legítima para los parientes por consanguinidad y por adopción o civil, sin que exista para los parientes por afinidad. El parentesco por consanguinidad da derechos sin limitación de grado; al colateral hasta el cuarto grado y el civil sólo entre adoptado y adoptante. Además los parientes más próximos excluyen a los más lejanos, así como el cónyuge supérstite se asemeja a los parientes más cercanos, se puede heredar por cabeza, por línea ó por estirpe (Gutiérrez y González, obra citada, pag. 654)

La ley establece un plazo a los herederos para que puedan reclamar la herencia y que el artículo 1652 del Código Civil dice que dicho derecho prescribe en 10 años y es transmisible a los herederos. En este caso pueden darse dos situaciones: (ideas tomadas de Gutiérrez y González, obra ya citada, pags. 657 y sigs.)

- 1) Puede suceder que los herederos están en posesión de los bienes, pero no se ha denunciado el juicio sucesorio.
- 2) Que los herederos no están en posesión de los bienes y tampoco han denunciado el juicio respectivo.

En el primer caso pueden transcurrir los 10 ó 30 años y no pueden operar en contra de los herederos la prescripción, puesto que se encuentran en posesión de los bienes, porque una cosa es pedir la herencia a la que tienen derecho y otra seguir el juicio sucesorio respecto a los bienes que ya se tienen y que además

sin necesidad de juicio sucesorio ya se habrían adquirido por usucaplón.

Es diferente cuando los herederos no están en posesión de los bienes del acervo hereditario por tenerlos un tercero que no es heredero, en este caso por haber transcurrido los 10 años, habría perdido el derecho el heredero de pedir la herencia y habría operado la usucapión en favor del tercero que tiene los bienes.

5.- La Sucesión Testamentaria.

La sucesión testamentaria llamada también voluntaria se confiere por disposición del de cujus en su testamento, atendiendo al principio de la libre testamentifacción acogida por nuestro Código. Por medio del testamento el causante dispone qué personas y bajo qué circunstancias han de adquirir sus bienes, derechos y obligaciones.

En el vulgo aún se manejan la falsa idea de que, por el hecho de ser hijos de tal persona, que por cierto tiene bienes, debon recibir herencia del padre y lo que es peor dice: "Mi padre ya me dió un terreno ó una casa de herencia" en vida del padre.

Dos graves errores: Primero, el padre no está obligado a heredar a sus hijos, siendo éstos mayores de edad, casados o no y que esten en pleno uso de sus facultades físicas y mentales.

Segundo, cuando alguien habla de que su padre le heredó tal ó cual cosa en vida, no es herencia; en este caso estaremos ante la presencia de una donación entre vivos. Pués la herencia opera después de la muerte del titular de los bienes. Entre ámbos

casos nos referimos a la sucesión testamentaria. Porqué si se trata de intestado, entonces todos los hijos del matrimonio ó habidos fuera del matrimonio tendrán derecho a recibir herencia, una vez que ha fallecido el de cujus, previo el reconocimiento. A falta de testamento, la ley dispone la manera de distribuir los bienes en forma equitativa. Esto no quiere decir forzosamente, que la ley supla la voluntad del difunto, si no que, lo que pretende es que sus bienes queden repartidos entre sus consanguíneos de una manera justa y proporcional.

La ley en el artículo 1295 del Código Civil define al testamento en los términos siguientes: "El testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara ó cumple deberes para después de su muerte".

De la anterior definición y sin entrar a su análisis, está el fundamento para que una persona disponga de su patrimonio de una manera libre y revocarlo en cualquier momento en favor de su vecino, amigo, desconocido ó bien una institución de asistencia social mediante el testamento, de tal disposición legal no se desprende que tuviera la obligación de testar en favor de sus hijos, su obligación sólo se concretará en que deberá suministrar ó dejar lo necesario para alimentos de sus hijos menores de edad y aquellos incapacitados para trabajar, ya en razón de algún impedimento físico ó mental. Cuando el testador no prevea el suministro de alimentos a los antes mencionados, deberá declararse la inoficiosidad del testamento por la

autoridad judicial, previa solicitud de la parte interesada; la inoficiosidad consiste en la nulidad parcial del testamento, sólo en lo que se refiere a alimentos, es decir, que de la masa hereditaria deberá substraerse lo necesario para alimentos, siendo válido dicho testamento en todo lo demás, en este caso los menores e incapacitados no serán herederos. Cuando el testador instituye a menores e incapacitados, y los bienes son bastantes y suficientes dichas personas ya no tendrán derechos a impugnar el testamento de inoficioso. Una vez que fallezca el autor de la herencia, se actualizará en su validez el testamento y deberá estarse a la voluntad en él expresada, procediéndose a poner en posesión ó adjudicarle los bienes al heredero ó herederos, previos los trámites de ley.

De esta manera podemos decir, que el testamento en tanto no fallece el otorgante del mismo, están suspendidos sus efectos ó consecuencias legales, estando supeditada su actualización al fallecimiento del otorgante, siendo el testamento por esencia revocable, hay testamentos que nunca vieron la vida jurídica por haber sido revocados por otro posterior, con disposiciones diferentes, es por ello que es importante el día y la hora de su otorgamiento para ver cual debe ser el válido, metafóricamente se puede hablar en este caso, de que hay testamentos abortados pues no nacen viables a la vida jurídica. Más aún, un testamento puede recobrar vida, si es que el posterior es declarado nulo. En estas condiciones, no debemos comparar completamente un aborto testamentario, con un aborto humano; pues el primero podemos

decir que muere totalmente al otorgarse otro posterior, pero por disposición de la ley recobra vida jurídica al declararse nulo el posterior, en tanto el segundo se refiere a la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez ya no hay poder humano que le devuelva la vida, menos una disposición legal, pues son de naturaleza diferente.

Un testamento puede nacer a la vida jurídica herido de muerte, es decir, afectado de nulidad en la forma o en el fondo, siendo esta nulidad parcial o total, en ambos casos se abre la sucesión legítima, en una sola herencia pueden haber los dos tipos de sucesiones, la testamentaria y la legítima, como ya se mencionó con anterioridad.

6. - Sujetos de Derecho Sucesorio.

Así como en el campo del derecho hay relaciones jurídicas entre diversos sujetos, tratándose del derecho sucesorio, también se dan las relaciones de tipo jurídico entre los sujetos que en ella intervienen y que generalmente todos tienen interés a veces directa ó indirectamente, pero no la pueden negar. Para ello es necesario saber quienes son los sujetos de derecho sucesorio.

El Maestro Rojina Villegas (en su obra citada, págs. 14 a 18) menciona a:

- a) El testador;
- b) El heredero;
- c) El legatario;
- d) El albacea;

- e) Los interventores;
- f) Acreedores de la herencia;
- g) Deudores de la herencia;
- h) Acreedores y deudores del heredero y legatario.

a) El testador. Es el principal y primer sujeto de la sucesión aunque su participación sea diferentes tratándose de sucesión legítima ó testamentaria. En la primera, desempeña un papel de simple punto de referencia para que se opere la transmisión a título universal, extinguiéndose su personalidad con motivo de su muerte; la segunda, el testador sí es un sujeto del derecho hereditario cuya conducta jurídica se encuentra regulada no sólo para dictar válidamente su testamento, sino también para definir hasta donde alcanza el poder de su voluntad por reconocimiento de la norma, y en qué aspecto debe subordinarse a disposiciones prohibitivas ó imperativas que lo obligan a disponer en cierta forma de sus bienes, según diversas legislaciones que no admiten plenamente la libertad de testar, o que los someten a la necesidad jurídica de asegurar alimentos a ciertas personas, bajo la sanción de que el testamento será inoficioso en caso contrario, reduciéndose en la medida conducente para cumplir con dicha obligación.

El maestro Rojina Villegas (en su obra citada, pág. 33) expresa: "En la sucesión legítima ó abintestato al de cujus, se toma como punto de referencia para que se opere el de la transmisión a título universal en favor de aquellas personas

que por virtud del parentesco, matrimonio y concubinato, en nuestro derecho y a falta de ellas al Estado, son llamados a heredar por disposición de la ley en el orden, términos y condiciones que la misma establece.

En la sucesión testamentaria el testador es la persona que otorga el testamento formulando disposiciones respecto a todos sus bienes ó parte de ellos con vista al momento después de su muerte, o bien, es la persona que declara o cumple deberes para después de su muerte, mediante el testamento.

El testador no solamente puede disponer de la totalidad de su patrimonio, sino que puede solamente declarar ó cumplir deberes para después de su muerte; en ambos casos estará formulando plenamente un testamento. El sujeto activo en la sucesión legítima es el titular de todo el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que serán transmitidos a sus sucesores en el momento de su muerte. En el derecho hereditario y en relación con el testador, la capacidad reviste importancia, como es obvio unicamente en la sucesión testamentaria por cuanto a ella, existe expresión de voluntad, la que debe ser emitida por una persona capaz y porque al constituir un acto jurídico la conducta que realiza el sujeto, la misma debe revestir y reunir tanto los requisitos de validez como los elementos de existencia que se precisan para que dicho acto sea válido. En lo subsecuente sólo nos referiremos a la sucesión testamentaria.

En materia testamentaria, la capacidad es la regla general y la

incapacidad es la excepción de acuerdo con el principio que rige en el campo del derecho civil, la incapacidad en nuestro código solamente se reduce a dos casos: La enajenación mental y el ser menor de 16 años (ideas tomadas de Antonio de Ibarrola, obra citada, pag. 665 y sigs.).

Cuando se presentan estos dos casos contemplados en nuestra legislación civil, se abrirá la sucesión legítima para que se transmita el patrimonio del de cujus.

b) El Heredero. El heredero es otro de los sujetos, es la persona

que recibe la herencia en virtud de la manifestación de voluntad del testador hecha a través de un testamento o por disposición de la ley, según sea el caso, atendiendo a la relación que guardaba con el autor de la sucesión o porque la ley le otorga tal derecho, cuando no existan los anteriormente nombrados ajustándose al orden, términos y condiciones que la propia ley señale. La característica que debe poseer el heredero es la de la capacidad para recibir la herencia, siendo esta la posibilidad legal de recibir los beneficios de la herencia; es decir, la idoneidad para recibir la calidad de heredero, ya sea a título particular ó universal.

De conformidad con nuestro Código Civil en su artículo 1313, son capaces para heredar todos los habitantes del Distrito Federal de cualquier edad que sean y no pudiendo ser privados de ella de un modo absoluto, pero en relación a ciertas personas y

determinados bienes pueden perderla por alguna de las causas expresamente señaladas en la ley.

Refiriéndose concretamente a la incapacidad, la ley -artículo 1314- establece una serie de causas por las cuales no se puede recibir una herencia ya sea por testamento o por sucesión abintestato y señala los siguientes: Por la falta de personalidad, por razón de delito, incluyendo en esta varias situaciones, por presunción de influencia contraria a la libertad de testar, por presunción de influjo contraria a la verdad e integridad del testamento; por falta de reciprocidad internacional, por utilidad pública, por renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento.

La calidad de heredero en la sucesión testamentaria, se adquiere por la designación del testador en su testamento de la persona que ha de sucederlo en sus bienes, derechos y obligaciones, en el cumplimiento de sus deberes que no se extinguen por su muerte, a esta designación de las personas que hayan de recibir la herencia se denomina institución de heredero.

Conforme al derecho romano -idea obtenida de Rojina Villegas, obra citada, pag. 47 y sigs.- dicha institución constituía un elemento esencial tanto desde el punto de vista formal como de contenido y su ausencia era causa de nulidad del propio testamento. Actualmente el artículo 1378 del Código Civil dice: "El testamento otorgado legalmente será válido, aunque no contenga institución de heredero y aunque el nombrado no acepta la herencia ó sea incapaz de heredar". Este precepto viene a

reforzar lo dicho anteriormente, al señalar que el testador puede otorgar testamento en el que declara ó cumple deberes para después de su muerte. Vg. el testador mediante su testamento reconoce hijos y ordena que se les suministren alimentos, pero no dispone de sus bienes, éste es un verdadero testamento. Es por ello que para su validez no necesita la institución de heredero, pues en el caso imaginado, deberá abrirse la sucesión legítima para la repartición de su patrimonio. Aún más, si el testador reconoce a un hijo fuera de matrimonio en un testamento, que posteriormente es declarado nulo, lo relativo al reconocimiento será válido.

Dice el maestro Rojina Villegas (obra citada, pags. 302) que la institución de heredero exigía en el Derecho Romano en principio, determinadas solemnidades debiendo figurar al frente del testamento, estar hechas con ciertas palabras e igualmente en su redacción, debiendo ser escritas en latín, pero éste rígido formalismo fué abolido más tarde, hasta el punto que en el derecho Romano Bizantino bastaba para la validez de la institución que fuera clara y que no estuviera viciada por error, dolo ó violencia.

De una manera breve mencionaremos algunas reglas para establecer la institución de heredero (ideas obtenidas de Ibarrola, obra citada, pag. 761 y sigs. y Gutiérrez y González, obra citada, pags. 594 y sigs.).

1.- Dicha institución de heredero no ésta sujeta a términos especiales, es suficiente con que se cumplan los requisitos del

testamento que se otorga, sin que sea necesario que el testamento contenga menciones especiales, sino que dicha institución puede colocarse en el lugar que se desee y realizarla en la forma deseada.

2.- La institución de heredero puede hacerse en forma individual ó colectiva. Ello se desprende de la redacción de los artículos 1298 y 1299 del Código Civil que establece respectivamente:

"Cuando el testador deje como herederos o legatarios a determinadas clases formadas por números ilimitados de individuos, tales como los pobres, los huérfanos, los ciegos, etc., puede encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje para ese objeto y la elección de las personas a quienes deban aplicarse, observándose lo dispuesto en el artículo 1330". "El testador puede encomendar a un tercero que haga la elección de los actos de beneficencia ó de los establecimientos públicos ó privados a los cuales deben aplicarse los bienes que lleguen con ese objeto así como la distribución de las cantidades que a cada uno corresponden".

3.- En nuestra legislación civil se admiten el testamento en favor del alma, así la establece el artículo 1330 que dice: "Las disposiciones testamentarias hechas en favor de los pobres en general ó del alma, se regirá por lo dispuesto en los artículos del 75 al 87 de la ley general de Beneficencia Privada.

Las hechas en favor de las iglesias, sectas ó instituciones religiosas, se sujetarán a lo dispuesto en los artículos 27 de la Constitución Federal y 88 de la citada ley de Beneficencia".

4.- El causante puede testar con ó sin expresión de cuota para cada heredero o aplicándose los principios del juicio de intestado para los efectos de la participación y el artículo 1381 establece que los herederos instituidos sin designación de las partes que cada uno corresponden, heredarán por partes iguales.

5.- El testador puede instituir heredero respecto de un sólo bien, entonces se le llamará legatario.

6.- Es el testador quien debe instituir heredero, sin que pueda dejar dicho nombramiento al arbitrio de un tercero, conforme a lo dispuesto por el artículo 1297 del Código Civil que dice: "Ni la subsistencia del nombramiento del heredero ó de legatarios, ni la designación de las cantidades que a ellos correspondan, pueden dejarse al arbitrio de un tercero".

7.- El heredero debe instituirse siempre respecto a las partes alicuotas del patrimonio hereditario, indicando mediante un quebrado la porción que represente.

8.- La designación puede ser simultánea ó sucesiva. En la simultánea todos son instituidos para entrar desde luego en el goce de sus derechos a la muerte del de cujus; en la designación se sujeta la adquisición al orden señalado en el testamento y conforme a las condiciones y requisitos que en el mismo se precisen.

9.- Puede ser subcausa la institución de heredero, es decir, que el de cujus puede declarar el motivo que lo indujo a la designación, la expresión de una causa contraria a derecho se

tendrá por no puesta, cuando no es la determinante de la voluntad del testador y en caso contrario se estará a las reglas generales contenidas en el ordenamiento, en el sentido de que la ilicitud origina la nulidad del acto, así como también cuando la causa se funda en una causa expresa que resulte errónea, si ha sido la única que determinó la voluntad del testador.

10.- Por último, cuando la institución de heredero se hace en términos vagos en favor de los parientes del causante, se entenderá que se refiere a los parientes más próximos según el orden establecido por el artículo 1602 del Código Civil, que se refiere a la sucesión legítima. El artículo 1604 preceptúa que los parientes más próximos, excluyen a los más remotos, excepto al caso de la herencia por estirpes en favor de sus descendientes y sobrinos en la forma y términos que la propia ley determina. Se exceptúa también el caso de la herencia a favor de los ascendientes del segundo ó ulterior grado, pues la herencia por línea, deberá dividirse a la mitad y cada una de ellas a su vez, deberá subdividirse a la mitad y aún más cada una de ellas deberá subdividirse por partes iguales entre todos los ascendientes de una misma línea.

Se ha escrito mucho acerca de la naturaleza jurídica del heredero, el cual se ha relacionado íntimamente con el contenido del testamento. En los tiempos incipientes del testamento, a través de él se realizaba la transmisión en forma principal, del culto familiar y junto con el patrimonio dándole el trato al heredero como el continuador del pater familias en su potestad y

culto doméstico. Al tornarse el contenido del testamento en un aspecto eminentemente económico, el heredero es la persona que va a continuar al autor de la herencia en su patrimonio, adquiriendo los bienes, derechos y estando obligados a cumplir en las obligaciones a cargo de aquel y al cumplimiento de los deberes que el testador haya precisado en su testamento. En el devenir histórico, se ve cómo la personalidad del heredero ha cambiado enormemente y con ella su propia naturaleza.

Diversas teorías se han elaborado para explicar la naturaleza jurídica del heredero; procederemos a explicar las más sobresalientes sobre el particular (ideas obtenidas de diversos autores; con Ibarrola, De Pina, Rojina Villegas y Gutiérrez y González).

a) Hay quienes aceptan la idea de que el heredero es un continuador de la persona del difunto y también el representante de él. Considero incorrecta ésta tesis, pues el de cujus al fallecer deja de ser sujeto de imputaciones jurídicas, por ello cesa su personalidad y los bienes no pueden seguir siendo propiedad del difunto. En este orden de ideas, los bienes, derechos y obligaciones que fuerón del difunto, pasan a sus herederos y el heredero no como tal es continuador de la persona del difunto, porque al entrar los bienes del difunto a su patrimonio se fusionan y se confunden formando uno solo. Puedo decir que al fallecer la persona, se corta la relación jurídica existente entre propietario y patrimonio. También es incorrecta la apreciación que se hace al decir que el heredero

es un representante del difunto, porque para que tal representación exista, requiere y supone necesariamente de la existencia del representado y representante.

Hay otra variante a esta propia tesis, que sostiene que hay un continuador, pero que adquiere una personalidad nueva que es la del heredero; es decir, ya no es la del difunto y que en su calidad de causahabiente a título universal incorpora a su patrimonio el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que fuerón del difunto y que no se extinguen con su muerte. Esta consideración del heredero como causahabiente a título universal persigue un fin de tipo preponderantemente económico, el cual es evitar que se originen perjuicios a terceros que pudieran tener relaciones jurídicas con el causante.

Con ello se trata de dar una respuesta satisfactoria a la interrogante de cual es la razón de que el conjunto de bienes, derechos y obligaciones en ningún momento se encuentran sin titular, sin que haya necesidad de que se recurra a una ficción legal para fundamentarlo. Además se dice que con ella se salva la crítica que se hace a la tesis que considera al heredero como representante del difunto, pues el heredero es un titular y actúa

en nombre propio; es decir, con su calidad de heredero y con derechos y obligaciones que la propia ley le impone y el de cuius. Como lo he venido sosteniendo anteriormente, considero que la tesis más atinada es la que sostiene que por una ficción legal se permite la continuidad del difunto en la persona del

heredero, pero solo en lo que se refiere a la titularidad del patrimonio que fué del causante, aunque ésta continuidad se dá en el momento de la transmisión de una a otra persona, pues posteriormente se confunden los patrimonios y el heredero no puede tener dos patrimonios. Por lo que hace a la naturaleza jurídica del heredero diremos que es un causahabiente que adquiere la titularidad que pertenecía al causante, respecto de los bienes, derechos y obligaciones que constituían su patrimonio. Por disposición legal, en el último instante de su vida, el autor de la herencia está siendo substituido por los herederos, ya sean legítimos ó testamentarios, sin que sea necesaria su aceptación.

c) El Legatario. Como tercer sujeto de derecho sucesorio tenemos

al legatario, es la persona o personas nombradas por el testador para que reciban una cosa o un bien, o parte de ámbos a título particular ó algún hecho o servicio determinado, ya a título gratuito o estableciéndole alguna carga que deberá cumplir después de su fallecimiento.

De ello desprendemos que el objeto del legado puede consistir no solo en una cosa ó derecho, sino que puede tratarse de un servicio ó un hecho que un heredero u otro legatario deba llevar a cabo.

Se distingue el heredero del legatario en cuanto éste no responde de las deudas de la herencia, en virtud de que tiene el carácter de causahabiente a título particular y solo queda obligado a

cubrir la carga que le ha impuesto el testador.

d) El Albacea. Ahora entraremos al estudio del albacea, otro sujeto del derecho sucesorio importante, tanto porque es el representante de la sucesión del finado, como por ser el custodio de los bienes y por ser el que cumplirá la última voluntad del testador. El maestro Antonio de Ibarrola (Obra citada, pag. 846) dice al respecto "La palabra albacea nos viene del idioma árabe alvaci, alvaciya, alvazir; significa lugarteniente, executor o cumplidor y también históricamente otros autores dicen que cabezalero, mansezor y fideicomisario".

En cuanto el nacimiento de dicha institución -sigue diciendo Ibarrola (obra citada, pag. 843 y sigs.)- los tratadistas tanto clásicos como contemporáneos, no se han puesto de acuerdo y unos dicen que nació en Grecia -como Valverde- otros que en el Derecho Bizantino, otros en el Derecho Germánico con antecedentes en los Salmann, comunes al derecho franco y al logobardo, que más tarde se transformaron en ejecutores, entonces llamados Krogatores ó dispensatores.

La Academia Española de la lengua la define así: Como la persona encargada por el testador ó por el juez de cumplir la última voluntad y custodiar los bienes del finado.

La anterior definición es incompleta, pues el albacea puede ser nombrado también por los herederos y en ciertos casos por los legatarios.

El maestro Rojina Villegas (obra citada, pág. 175) sostiene que "Albaceas son las personas designadas por el testador o por

los herederos para cumplir las disposiciones testamentarias o para representar a la sucesión y ejercitar las acciones correspondientes al autor de la herencia", llamándolos además "Los organos representativos de la comunidad hereditaria".

De los anterior y de la ley, se puede concluir que el albacea es la persona designada por el testador, los herederos, los legatarios ó el juez para cumplir las disposiciones testamentarias cuando los hay y para representar en todo caso a la sucesión y custodiar los bienes.

e) Los Interventores. Otro de los sujetos de derecho sucesorio lo es o puede ser el interventor y el surgimiento de dicho sujeto da lugar cuando en el procedimiento sucesorio hay varios herederos y de entre ellos alguno ó una minoría que no está de acuerdo con el nombramiento a quien recayò de albacea nombrado por la mayoría, tiene el derecho de nombrar un interventor para vigilar al albacea nombrado. El fundamento de lo anteriormente afirmado lo establece el artículo 1728 del Código Civil al preceptuar:

"El heredero ó herederos que no hubieran estado conforme con el nombramiento de albacea hecho por la mayoría, tiene derecho de nombrar un interventor que vigile al albacea".

Si la minoría inconforme la forman varios herederos, el nombramiento de interventor se hará por la mayoría de votos, y si no se obtiene mayoría, el nombramiento lo hará el juez, eligiendo el interventor de entre las personas propuestas por los herederos de la minoría".

De lo anterior se desprende que el nombramiento del interventor puede ser convencional ó Judicial.

Las funciones del interventor se limitarán a vigilar el exácto cumplimiento del cargo del albacea, como lo establece el artículo 1729 del propio ordenamiento legal.

Salvo el caso de muerte del interventor, el cargo termina junto con el del albacea, pues éste origina su nacimiento y su función es vigilar el exacto cumplimiento de sus funciones.

En cuanto al modo en que termina el nombramiento del interventor lo señala el artículo 1745 del citado ordenamiento jurídico al señalar lo siguiente:

- I.- La llegada del plazo natural del encargo;
- II.- Por muerte;
- III.- Por incapacidad legal, declarada en forma;
- IV.- Por excusa que el Juez califique de legítima;
- V.- Por terminar el plazo señalado por la ley y la prórroga; concedida para desempeñar el cargo;
- VI.- Por revocación de su nombramiento, hecha por los herederos; y
- VII.- Por remoción.

f) Acreedores de la Herencia. Los siguientes sujetos son los acreedores de la herencia ó sucesión, señalando al respecto el maestro Rojas Villegas (obra citada, pag. 203) que "Los acreedores de la herencia son los sujetos privilegiados del derecho hereditario dados los fines específicos que persigue esta

rama del ordenamiento jurídico. Todo el activo hereditario queda destinado preferentemente a cubrir el pasivo de la sucesión, de tal manera que los herederos deberán pagar a beneficio de inventario el importe de las obligaciones a cargo de la herencia.

Si el activo transmitido a los herederos fuera insuficiente y hubiese legatarios, en el caso de la sucesión testamentaria, estos responderán subsidiariamente con los herederos y hasta el límite de sus legados. En consecuencia, ni aún los legatarios preferentes podrían eludir dicha responsabilidad subsidiaria".

Siendo el albacea el representante de la sucesión o herencia es él quien debe efectuar los pagos reconocidos plenamente, ya judicialmente o extrajudicialmente, en caso de que no hubiera dinero en efectivo en la sucesión, puede vender bienes hereditarios para cubrir dichos créditos en subasta pública, salvo que los herederos dispongan otra cosa, dicha venta será hecha de acuerdo con los herederos y en caso de desacuerdo, el albacea deberá solicitar autorización judicial -artículo 1717 del Código Civil- los herederos ó el juez deben decidir sobre la aplicación que deba darse al precio de ellas.

Sobre la prelación de créditos el artículo 1754 del código civil establece "En primer lugar, serán pagadas las deudas mortuorias, sino estuvieran ya. Pues pueden pagarse ántes de la formación del inventario". La ley reputa como deudas mortuorias aquellas efectuadas por concepto de funeral y la última enfermedad del autor de la herencia (artículo 1755 del Código Civil).

Sigue diciendo la ley que en seguida se pagarán los gastos de

rigurosa conservación y administración de la herencia y los créditos por concepto de alimentos si es que no se han cubierto. En tercer orden de preferencia se pagarán las deudas hereditarias contraídas por el causante y que fueran exigibles. Estos y otros créditos se cubrirán de la masa hereditaria. Toda herencia se recibe a beneficio de inventario, aunque no se señale expresamente; en cristiano significa que el patrimonio del heredero ó legatario y la porción que recibe como herencia ó legado respectivamente no se puede confundir, por lo que al pagar el crédito del autor de la herencia, el heredero ó legatario responderá sólo hasta donde alcance lo que han recibido y no pueden exigirle que pague una deuda ajena de su propio patrimonio.

Cuando no haya concurso, los acreedores se les pagará en el orden en que se presenten, pero si hubiera preferentes y no se presentaron oportunamente, se les pagará pero se les exigirá la caución de acreedor de mejor derecho, esto quiere decir, que si hay uno preferente a este crédito, se cubrirá aquel primero, haciéndose efectiva dicha caución depositada por éste.

Por si hubiera algún concurso pendiente, el albacea deberá esperar la sentencia de graduación de créditos.

En cuarto lugar, se procederá a pagar los legados, pero deberá reservar bienes para cubrir posibles deudas no reclamadas oportunamente puede suceder que creyendo el albacea que ya no hay deudas por cubrir, reparte los legados y no quedan bienes en la sucesión y si posteriormente resultará una deuda, los

acreedores tendrán acción contra los legatarios pero será en forma subsidiaria con relación a los herederos.

El juez deberá tener especial cuidado para evitar el fraude contra los acreedores hereditarios, dictando medidas de prevención y entre ellos de mucha importancia, como la de facultar a los acreedores para pedir en cualquier momento al juez que está conociendo la sucesión que convoque a los herederos, legatarios ó albacea, según sea el caso concreto, cuando exista el temor fundado de que alguno de estos sujetos está intentando realizar actos en fraude ó en perjuicios de los propios acreedores, una vez presentada dicha petición; en una audiencia previamente fijada por el juez y viendo el estado de solvencia ó insolvencia de la sucesión, autorizará ó negará la celebración del acto que se estima perjudicial ó fraudulenta.

Además, el juez debe dictar medidas represivas para evitar el fraude realizado en perjuicio de dichos acreedores hereditarios, ello sin menoscabo de que el acreedor podrá intentar la acción pauliana y destruir el acto jurídico en fraude de acreedores, que está regulado de los artículos 1163 al 1178 del código civil. La buena fé es el sostén ó soporte en donde descanza nuestro ordenamiento jurídico, relacionados con todos los actos jurídicos tanto así que, quién invoque la mala fé deberá probarlo. Con mucha atinencia el maestro Gutiérrez y González Derecho de las Obligaciones, Quinta Edición, 1980, Editorial Cajica, S. A., Puebla, Pue., México, (pag. 360) demuestra el equívoco del vocablo "buena fé" utilizada en nuestro código misma que

debiera substituirse por el de buena intención.

g) Los Deudores de la Herencia. En relación a los deudores de la

herencia, estos deberán ser demandados por el albacea, en otro de los casos, los deudores deberán concurrir a él para efectuarle los pagos; es decir, no pueden concurrir a pagarle a los herederos, ni siquiera pueden pagarle directamente a los acreedores de la herencia, en virtud de ser el activo y el pasivo dos relaciones totalmente independientes entre sí. Como últimos sujetos del derecho sucesorio tenemos a los acreedores y deudores del heredero y del legatario.

h) Los Acreedores y Deudores del Heredero y Legatario. Con bastante frecuencia sucede en la práctica que el heredero está insolvente, no quiere aceptar la herencia para continuar en estado de insolvencia y no pagarle a sus acreedores, en este caso la ley le concede la llamada acción oblicua al acreedor, para que en nombre del heredero (su deudor) acepte la herencia, así lo establece el artículo 1673 al decir: "Si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus acreedores, pueden estos pedir al juez que los autorice para aceptar en nombre de aquel". Dicho acreedor del heredero debe sólo aceptar hasta donde alcance a cubrir su crédito, pues en la conducente el artículo 1674 dice: "La aceptación sólo aprovechará a los acreedores para el pago de sus créditos, pero si la herencia excediere del importe de éstos, el exceso pertenecerá a quién llame la ley y en ningún caso al que hizo la renuncia". Este beneficio ó derecho obtenido

por el acreedor sólo podrá ejecutarlo si su crédito es anterior a la repudiación de la herencia, si el crédito es posterior a dicha renuncia, no podrá ejercitar dicho derecho. Los herederos pueden impedir que entre en la sucesión al que hubiera repudido la herencia pagando la deuda a sus acreedores.

Como se observa en éste y en muchos otros casos, la ley es sabia, pues prevé situaciones reales y que por estos actos de pillos deudores pudieran quedarse sin recuperar sus créditos legítimos, ante el deudor insolvente, de igual manera cuando teniendo un crédito exigible al deudor no lo hace efectivo a su vez contra su deudor; para seguir en insolvencia, la ley faculta al deudor de aquél para que en su nombre cobre aquel crédito y de esta manera recuperar su crédito. Ejemplo, A debe a B y C es acreedor de B, pero B no quiere cobrar a A para seguir insolvente y no pagarle a C; entonces la ley concede la acción oblicua a C para que cobre a A en lugar de su deudor B y de esta forma recuperar su crédito.

La misma regla debe aplicarse para el caso del legatario que siendo insolvente con mala intención no desea cubrir sus deudas y prefiere seguir siendo "pobre" a ser "rico" un rato, mientras vé que el producto de su legado obtenido, pasa a manos de su acreedor. De esta manera, los acreedores de herederos y legatarios se introducen en la sucesión.

Los deudores del heredero y legatario de la sucesión no tienen relevancia para estos efectos, pues la relación existe sólo entre ellos y no afecta ni beneficia a dichos sujetos respecto de la

sucesión, por este motivo es irrelevante la citada relación jurídica guardada entre ellos para este caso.

Lo que se refiere al estudio, aunque sea somero y no profundizado, de los sujetos que intervienen en el derecho sucesorio que hemos acabado de mencionar todos nos parecen importantes por la relación especial que guardan con la sucesión.

7.- El Testamento.

El testamento es un acto jurídico, unilateral, personalismo, revocable y libre; por el cual una persona capaz transmite sus bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte ó cumple y declara deberes para después de su muerte.

La anterior idea del testamento la hemos obtenido de los elementos que la conforman .

A) Definición.

La definición legal la obtenemos del artículo 1295 del código civil que dice: "Testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara ó cumple deberes para después de su muerte".

B) Elementos.

De la anterior definición se desprenden los siguientes elementos:

(ampliamente tratados por diversos autores , principalmente: Gutiérrez y González "EL PATRIMONIO" , pag. 560 - 581 ; De Pina, obra citada, pag. 290 - 300; Rojina Villegas, obra citada, pag. 289 - 321 y Antonio de Ibarrola, obra citada, pag. 660 - 664).

- a) Es un acto Jurídico unilateral;
- b) Personalísimo;
- c) Revocable;
- d) Libre;
- e) Realizada por una persona capaz;
- f) El objeto es disponer de bienes, derechos y obligaciones y/o declarar o cumplir deberes para después de su muerte;
- C) Características.

Sus características son:

a) Un acto jurídico unilateral. En primer lugar es un acto jurídico unilateral. Al considerar al testamento como un acto jurídico como tal y con sus elementos de existencia y requisitos de validez.

El acto jurídico es la manifestación de voluntad que se realiza con la intención de producir consecuencias de derecho ó jurídicas recogidas y sancionadas por la ley.

En éste orden de ideas, el testamento es un acto jurídico, por cuanto constituye la expresión de voluntad del testador, manifestación que se realiza con la intención de que se produzcan determinadas consecuencias jurídicas, mismas que se encuentran reguladas por la propia ley.

Decimos que es unilateral porque basta con la manifestación de voluntad del testador, atendiendo las formalidades y cumpliendo con los requisitos que la ley exige para que el acto tenga existencia en la vida jurídica y plena validez, sin que para ello sea necesario el concurso de dos ó más voluntades, pues la

aceptación ó repudiación de la herencia ó legado hecha por el heredero ó legatarios respectivamente, no lesiona la existencia y válidez del testamento.

Decimos que el testamento es el acto jurídico unilateral por antonomasia, además de ser un acto jurídico sui generis, porque la voluntad del de cujus tiene que sujetarse a un conjunto específicamente determinado de normas jurídicas, relativas a la capacidad de otorgar testamento, las formalidades para su otorgamiento, la licitud del objeto y fin de las instituciones que realice y a la válidez de las condiciones que impone el propio ordenamiento legal.

Los requisitos y forma de otorgar testamento se hace en determinada forma, que en ocasiones son diferentes a las reglas generales de los demás actos jurídicos.

b) Personalísimo. También se señala que es un acto jurídico personalísimo en virtud de que sólo el testador personalmente puede expresar su voluntad a través del dictado de sus disposiciones testamentarias, no puede hacerlo mediante representantes, es decir que, el testador en forma personal realiza el acto, nombrando herederos, legatarios, albacea y declara ciertos deberes ó los cumple para después de su muerte, además señala bienes y quién debe adjudicárseles, etc.

Un mandatario no puede intervenir para realizar dicho testamento, un tercero solo puede intervenir para distribuir los bienes, custodiarlos ó administrarlos, además para cumplir la voluntad del testador, este tercero recibe el nombre de albacea.

Válidamente se puede nombrar un tercero por el testador para que realice la distribución de las cantidades ó que el testador hubiese dejado en favor de determinadas clases, asignando una cantidad global ó un acervo de bienes y la elección de las personas a quienes deban de aplicarse, también elige de los actos de beneficencia ó de establecimientos públicos ó privados a los que deban aplicarse los bienes que lege con ese objeto y la distribución que a ellos les corresponda, previa disposición del de cujus.

c) Revocable. Por esencia el testamento es un acto jurídico revocable, ésto quiere decir, que el otorgante tiene en cualquier momento la facultad hasta antes de su muerte de modificar ó dejar sin efecto total, ó parcial las disposiciones testamentarias que con antelación había consignado en, su testamento. Es por esta razón que el otorgante no puede pactar válidamente la renuncia a su facultad de revocar el testamento, ni por convenio restringirla, pues es inexistente cualquier estipulación hecha en éste sentido.

La revocación puede ser expresa ó tácita. Será expresa cuando de manera fehaciente e indubitable se manifiesta la voluntad de dejar sin efecto parcial ó total las disposiciones testamentarias otorgadas con anterioridad, dicha manifestación deberá hacerse en otro testamento. Es tácita la revocación cuando se otorga otro testamento, que por ello implica la revocación del anterior, a menos que el testador manifieste su voluntad de que subsista el anterior ya sea total ó parcialmente y haciéndole sólo

modificaciones. La revocación producirá sus efectos aunque en el testamento posterior opere la caducidad, por motivo de la incapacidad ó renuncia del heredero ó de los legatarios nombrados en éste testamento. En éste caso imaginado, el testamento anterior revocado recobrará no obstante, su fuerza y válidez, si el testador revocando al posterior, declara que es su voluntad que subsista el primero que otorgó. Nuestra legislación establece la presunción de que el testamento anterior es revocado por otro posterior perfecto, cuando el testador en el último otorgado no expresa su voluntad en el posterior de que el primero otorgado subsista ya sea parcial ó en su totalidad. No existe una forma especial para este tipo de revocación, porque nuestra ley establece que el testamento posterior puede o no revestir la misma forma que el que se ha otorgado anteriormente, ya que el otorgante puede dictar sus disposiciones testamentarias en otro tipo de testamento de los regulados por la ley de la materia. Nuestro más alto Tribunal ha sostenido que la revocación puede tener lugar inclusive por la venta de los bienes señalados en el testamento, pues con ello en forma implícita se está dejando sin efectos el testamento otorgado, sólo en lo que respecta a los bienes vendidos, también existe revocación cuando los bienes de los cuales se dispuso en el testamento son usados por el testador de tal manera que produzcan los mismos efectos que la venta ó que se hayan consumido. (Ejecutoria de 7 de enero de 1952, directo 1060/50 inf. 52 fs. 90 y que la cita el Maestro de Ibarrola en su obra citada, pag. 723).

Los efectos en la revocación es absoluta en determinadas situaciones cualesquiera que sea su naturaleza y su alcance, pero cuando se reconozcan ó se confiesen determinados hechos ya ocurridos y se plasman en el testamento, dicho reconocimiento ó confesión al revocar el testamento, no puede dejarlo sin efecto ó desvirtuar su comprobación. Lo anterior quiere decir, que si el testador no solo dispuso de sus bienes, derechos y obligaciones en su testamento, sino que además reconoció un hijo como suyo y que antes no lo había reconocido, al otorgar otro testamento, revoca el anterior, pero lo que respecta al reconocimiento del hijo subsistirá, de igual forma si se trata de reconocimiento de algún deber ó de una deuda.

d) Libro. Además el testamento, es un acto jurídico libre, porque el testador, no puede obligarse mediante contrato ó convenio a no testar ó a testar bajo ciertas condiciones ó aún más, a transmitir mediante testamento sólo una parte de sus bienes y reservar la otra parte para sus herederos legítimos. Cualquier pacto celebrado en los términos anteriores es nulo, es decir carecen de validez cualquier tipo de limitación pactada, ya sea tácita ó expresamente.

Nuestro ordenamiento jurídico civil prohíbe el testamento recíproco, tal y como ya lo hemos señalado y es aquel en el cual dos personas testan en un mismo acto, ya sea en provecho recíproco, ya en favor de un tercero. Así también, se prohíbe el testamento colectivo, en el que varias personas testan de común

acuerdo y en cumplimiento de un previo pacto sea tácito ó expreso.

Otra característica del testamento, es que, es un acto libre porque para su validez, su otorgamiento requiere que no haya influencia de amenazas contra la persona ó de sus parientes de tal manera que la violencia ó restricción de la libertad impidan que el testador actúe libremente, pues lo anterior vicia el testamento y provoca la nulidad del mismo; en ambos casos el testador, una vez que haya cesado la violencia ó las amenazas, puede revocarlo y otorgar otro con las mismas formalidades que el anterior u otorgar otro de diferente forma; en caso de fallecimiento del otorgante, serán sus parientes legítimos, quienes al tener conocimiento de tal circunstancia deberán impugnar el citado testamento, por estar afecto de nulidad.

Nuestra legislación contiene todo un conjunto de disposiciones para garantizar al individuo el goce de la libertad de otorgar testamento.

En cuanto tenga conocimiento el juez, de que alguna persona impide a otro otorgar su testamento, está obligado a presentarse de inmediato en la casa del que desea testar para garantizarle el derecho, levantará acta haciendo constar el hecho que ha motivado su presencia la persona ó personas que han provocado la violencia y los medios que para tal fin hayan empleado ó intentado emplear y si la persona cuya libertad asegura, hace uso de su derecho de otorgar testamento.

Por disposición de la ley, el juez en este caso puede recibir las

disposiciones testamentarias.

e) Realizadas por una persona capaz. El testamento como todo acto Jurídico para que sea válido, debe reunir una serie de elementos esenciales, siendo el primero de ellos la manifestación voluntaria del testador u otorgante.

Esta expresión debe de ser clara y fehaciente, no se admite una manifestación tácita que se pretenda deducir de determinados hechos, es decir la voluntad no puede manifestarse mediante señales ó monosílabos que contesten preguntas que se formulen. Es indispensable que la voluntad del testador se exprese cumplida y claramente, así lo previene el artículo 1489 del Código Civil al decir: "Es nulo el testamento en que el testador no expresa cumplida y claramente su voluntad, sino solo por señales o monosílabos a las preguntas que se le hacen".

En estos términos, la institución del heredero o legatario debe ser clara e indubitable, es decir que no deje lugar a dudas, el heredero debe designarse por su nombre y apellido y si varios de ellos tuvieran el mismo nombre y apellidos, habrá de agregárseles otros nombres y circunstancias que hagan posible la distinción de quien es el instituido.

Si la claridad de la institución se logra a pesar de haberse omitido el nombre del instituido y la designación se hizo de tal forma que no hay duda de quién se trata, dicha institución será plenamente válida.

El error en el nombre o apellido del heredero no vicia la institución si de otra manera se supiera con certeza quién es la

persona que se ha designado.

Pero cuando la designación se haga de tal manera que entre varias personas del mismo nombre y circunstancias fuera imposible saber a quien quizá designarle el testador, ninguna de ellas será heredero.

Toda disposición en favor de persona incierta o sobre cosa que no pueda identificarse, será nula, pero si por algún evento pueden resultar ciertas, en este caso será válida la disposición hecha.

Con toda y la exigencia de la ley, respecto de la expresión clara y cumplida de la voluntad del testador, pueden presentar problemas de interpretación en la práctica que se resuelven por la ley, que al respecto fija normas generales.

No existe problema de interpretación, cuando el testamento en su texto es claro coincidiendo la letra con la intención en la manifestación de última voluntad del testador.

El problema surge cuando el texto resulta distinto o contrario a la voluntad del testador, que se desprende del contenido total del propio testamento, cuando se emplean palabras que inducen al error o duda y aparecen contrarias con lo que el testador ha querido significar según se desprenda de la lectura total del testamento. En cuanto a la forma de interpretar la voluntad del testador, existen dos tesis que tratan de explicarlo:

La de la voluntad interna o subjetiva y la de la voluntad declarada u objetiva.

"El problema de interpretación -dice Rafael de Pina- del testamento constituye un aspecto esencial de la interpretación

Jurídica en general" (Obra citada, pág. 318).

Sigue diciendo "Presenta por lo tanto, un extraordinario interés tanto desde el punto de vista práctico como desde el teórico, por lo que los autores lo han tratado con gran amplitud". "El testamento como acto jurídico precisa ser interpretado para el exacto conocimiento de la voluntad del testador" (obra citada, pag. 318). Continúa diciendo: "Clemente de Diego entiende que todo en cuanto se refiere a la interpretación en general, sus clases, sus procedimientos, su necesidad y sus límites, valen tratándose de testamentos. Agrega sin embargo, que aunque los tratadistas admiten que las reglas de interpretación de los contratos pueden considerarse como complementarias de las establecidas para los testamentos, esto no puede hacerse si no con cierta prudencia atendiendo a la naturaleza específica del testamento, diversa de la del contrato" (obra citada, pag. 318) De acuerdo con el criterio de este autor el intérprete del testamento ha de tener delante de sí, como guía y norte de sus investigaciones, como la figura del hombre razonable en circunstancias del testador.

Por su parte Demófilo de Buen -citado por De Pina, en su obra citada, pag. 318 y 319- dice: "Los autores exponen múltiples reglas de interpretación testamentaria, pero en el fondo son las mismas utilizadas para interpretar las leyes y los contratos. Sepáranse de ellas tan sólo en cuestiones de detalle; y las divergencias se derivan de la naturaleza de cada suerte de actos jurídicos por lo que resultan favorables a la

interpretación de los testamentos, en el sentido de que ésta constituya una operación menos compleja que la interpretación de los contratos y la interpretación de las leyes, pues en el testamento hay que averiguar el contenido de una sola voluntad, mientras que en los contratos hay que averiguar el contenido de dos voluntades por lo menos, y en las leyes el contenido de una pluralidad de voluntades". "Kipp -citado por De Pina, en su obra, pag. 319- mantiene también este criterio diciendo que la interpretación de las disposiciones de última voluntad esta sometida a los preceptos generales sobre la interpretación de los negocios jurídicos".

Trabucchi -citado por De Pina, en su obra, pag. 319- coincide en cuanto a que son iguales las reglas de interpretación de todos los actos jurídicos pero "El intérprete no debe atenerse al sentido literal de las palabras". Sigue diciendo Trabucchi -citado por De Pina, pag 319- que "las expresiones usadas por el testador, han de interpretarse naturaliter y no civiliter, esto es, no en el sentido técnico-jurídico, sino en el significado que presumiblemente tenían las palabras empleadas en la mente del de cujus".

Biondi -citado igualmente por De Pina, pag. 319- ha dicho al respecto "En materia testamentaria la interpretación tiene contenido y directrices particulares suponiendo, en primer lugar, que toda interpretación o reconstrucción de la voluntad objetiva del acto en todos sus elementos y cláusulas, pero como la voluntad testamentaria no tiene una manifestación instantánea

como en los otros actos jurídicos, sino que es algo que permanece hasta el último instante de la vida del testador, impone también que se tengan en cuenta actos y circunstancias posteriores o extrañas al testamento, para juzgar sobre el contenido de la subsistencia de las disposiciones".

Por último el Maestro Rafael de Pina dice: "La interpretación del testamento es, desde luego una tarea bastante difícil, que requiere aparte de conocimientos jurídicos adecuados, una experiencia de la vida y un conocimiento de los hombres verdaderamente extraordinarios" (Obra citada, pág. 220).

Es indispensable que para lograr la interpretación de un acto tan especial como lo es, el testamento, es indispensable contar con todas las reglas y principios de la interpretación en general y aplicarlos a éste acto tan importante en la forma y terminos adecuados a su propia naturaleza y al caso en especial. Se necesita analizar perfectamente todos los elementos objetivos con los cuales se cuenta y amalgamarlos con el conocimiento de la indole humana, a fin de poder compenetrarse lo mejor posible y desentrañar esa última voluntad tan escondida.

Diversos autores nacionales, como Antonio de Ibarrola y Gutiérrez y González entre otros, coinciden en que nuestro sistema acoge la tesis de la voluntad interna o subjetiva estipulando que toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de las palabras a no ser que aparezca con manifiesta claridad que fue otra la voluntad del testador, según el tenor del testamento y la prueba auxiliar que a este respecto puede

rendirse por los interesados en un procedimiento judicial. El segundo elemento de existencia del testamento es el objeto. Sobre el particular diremos que está constituido por el fin que se pretende alcanzar a través de las disposiciones testamentarias consignadas en el mismo.

f) El objeto. Pueden contener dos aspectos, el objeto, que son: La disposición de bienes y derechos o la declaración o cumplimiento de deberes para después de la muerte. Pueden tener ámbos objetos o uno solo en el testamento. Nuestro Código considera que la disposición de bienes es el objeto; las instituciones de heredero y legatario, la declaración de bienes y cumplimiento de ellas tienen un aspecto secundario, pues el testamento principalmente es para disponer de los bienes. Considero errónea tal apreciación, ya que tan importante es disponer de bienes como importante es y a veces más la declaración de deberes y su cumplimiento. El reconocimiento de hijos y la disposición de cumplir con sus obligaciones inherentes a ello, al hacer tal reconocimiento de un hijo mediante un testamento y al no disponer de sus bienes, ello es un testamento perfecto. Tan importante es el reconocimiento de un hijo, pues el hijo se coloca en aptitud de poder llevar el apellido del padre, a recibir alimentos y a heredar en sucesión legítima, cómo es posible que éste tenga un aspecto secundario en el testamento.

Lo anterior se desprende porque la ley establece que un testamento otorgado legalmente será válido aunque no contenga

institución de heredero o éste repudie la herencia o sea incapáz de heredar. Además de que la generalidad de autores, concibieron al testamento como un medio de disponer de los bienes para después de la muerte, sin que tuviera declaración o cumplimiento de deberes, esto posteriormente se introdujo. De Pina (en su obra citada, pag. 289) dice en cuanto al objeto del testamento que no solo sirve para transmitir los bienes. " El testador puede, en efecto, nombrar tutor testamentario, reconocer hijos, confesar deudas, aconsejar y orientar a sus familiares respecto a lo que sea conveniente para ellos hacer en relación con determinados negocios o con la educación de los hijos, disponer sobre su entierro, etc., expresiones de voluntad que si bien no tienen todas la misma fuerza legal, no por ello dejan de ser disposiciones de última voluntad y cuya eficacia según las enseñanzas de la experiencia es en todo caso innegable " y solo se adquieren estando en contacto con los casos prácticos en los tribunales. En síntesis, no puede decirse con certeza que el testamento sea un acto de naturaleza exclusivamente patrimonial, puesto que es susceptible de admitir disposiciones de otro carácter tal y como lo anotamos en el párrafo anterior.

El objeto debe reunir todos los requisitos que para todos los actos jurídicos exige la ley. Debe ser posible y lícito, la imposibilidad puede ser física o jurídica, siendo el acto inexistente si el objeto es imposible ya sea física o jurídicamente (ideas obtenidas de Antonio de Ibarrola, obra citada). Cuando hay transmisión de bienes es necesario que

estos existan o puedan existir en la naturaleza para que sea físicamente posible su transmisión. Debe ser propio, si es ajeno y si el testador lo sabe deberá comprarlo la sucesión y después transmitirlo a quien haya dispuesto el testador. Que los bienes estén en el comercio, que sean determinados o determinables, para que sean jurídicamente posible.

Los bienes y derechos que puedan transmitirse y no se extingan con la muerte, son objetos del testamento, porque hay derechos personales que sólo las personas pueden hacer uso de ello, valga la repetición, como los derechos reales de usufructo, uso o habitación que no se pueden transmitir por testamento ya que se extingue con la muerte, al igual que los derechos derivados de la patria potestad, del matrimonio, etc. Con la muerte del titular, la acción de divorcio se extingue aunque ésta afirmación no puede generalizarse en cuanto a que, existen algunas acciones de contenido no patrimonial que sí son objeto de transmisión a los herederos como el caso del marido que teniendo tutor o ha muerto sin recobrar la razón, los herederos pueden contradecir la paternidad en los casos que podría hacerlos el padre. El desconocimiento de hijo por parte del marido o de los herederos deberá realizarse mediante demanda formal ante el juez de lo familiar; otro caso es la declaración de estado de un hijo, que se puede transmitir la acción a los herederos y estos pueden ejercitarla cuando el hijo ha muerto antes de cumplir la mayoría de edad.

Por regla general son transmisibles por testamento todos los

bienes corpóreos e incorpóreos de contenido patrimonial que existen en el momento de la muerte del autor de las disposiciones testamentarias. Así es que la transmisión es la regla y la intransmisibilidad es la excepción, este encuentra su fundamento en la ley o en la naturaleza vitalicia o de carácter personal de los bienes o derechos que han de transmitirse por testamento. Nuevamente insistimos en la libertad de testar del individuo y disponer de los bienes en la forma correcta y términos que desee; las limitaciones son en cuanto alimentación que no haya suministrado a quienes tenía obligación de proporcionar.

D) Formas y clase de testamentos.

(ideas obtenidas de Ibarrola, obra citada, pag. 673).

El testamento se puede otorgar de muy variadas formas, para ello nuestro código civil, que tiene semejanza en este aspecto con el código francés, español y argentino que establece dos formas que se le pueden llamar principales y son:

ORDINARIOS y ESPECIALRS que a su vez aceptan subdivisiones atendiendo a su particularidad.

Los testamento comunes u ordinarios son los que la ley regulan para que sean otorgados en las circunstancias y con las formalidades normales, y testamentos especiales o excepcionales llamados también aunque con impropiedad, privilegiados son los que se establecen 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.

Artículo 1500 - El ordinario puede ser:

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

Artículo 1501 - El especial puede ser:

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

8.- Testamento Privado.

Pero me referiré en adelante al testamento privado por ser el tema del presente trabajo, daré pinceladas solamente y no de una manera completa y las iré desglosando paulatinamente en el cuerpo del presente trabajo.

Dice el maestro Rojina Villegas (obra citada, pág. 378) que: "El testamento privado puede ser escrito u oral en ambos casos es válido; pero para que se acepte la manifestación verbal se requiere que haya una imposibilidad absoluta de que el testador o los testigos redacten por escrito las cláusulas del testamento". El maestro Antonio de Ibarrola (obra citada, pág. 699) al respecto dice: "Esta forma de testamento carece de precedente en nuestro derecho". "En la práctica dá lugar a la litigios y abusos sin cuento". Tiene razón el maestro al decir lo anterior, pero al final del camino la luz de la justicia

termina iluminándolo todo. Por que la mentira vive, mientras la verdad llega, siendo obligación del litigante imponer la verdad. El testamento privado se autoriza cuando exista imposibilidad real de otorgar testamento ordinario, la ley ha querido dar todo tipo de facilidades para que el individuo no se quede sin testar.

En esta orden de ideas el testamento privado se permite en eminente peligro de muerte; es decir la imposibilidad se refiere a una enfermedad tan violenta y grave que no de tiempo a que concurra el notario o que no haya notarios en la población o juez que actúe por receptoría o habiendo uno o otro sea imposible o difícil que concurra al otorgamiento del testamento, bien por la urgencia del caso u otra circunstancia que haga imposible su presencia. El testamento privado debe redactarlo el otorgante ante cinco testigos o tres por lo menos, la intención del legislador sobre el particular es el de otorgar todas las facilidades necesarias para que una persona no se quede sin testar, el maestro Gutiérrez y González (obra citada, pág. 587) hace mención de un mal chiste atribuido a un yucateco que rentaba una casa y su anuncio decía: "Se alquila esta casa en trescientos pesos lo menos doscientos cincuenta pesos" de igual forma pasa en el Código Civil que exige para el otorgamiento del testamento privado la asistencia de cinco testigos o por lo menos tres. Los testigos exigidos para el otorgamiento del testamento privado deben ser idóneos, significa que deben reunir los requisitos que la ley exige para todo testigo, debiendo

redactarlo el testigo en el caso en que el testador no pudiera, pero no será necesario que se redacte por escrito el testamento privado, cuando ninguno de los testigos supiera escribir y tratándose de un caso de suma urgencia.

El legislador admite como forma excepcional el testamento privado, acogiendo la libertad de disposiciones de los bienes para después de su muerte, pero para su otorgamiento es requisito indispensable que haya una verdadera imposibilidad de otorgar testamento en forma ordinaria. Dicha imposibilidad debe tener su origen en la enfermedad del testador de carácter grave, en la urgencia que impida la concurrencia ante el notario, pero en caso de que no exista notario en la población o en la imposibilidad de que concurra por algún hecho calificado de grave o de fuerza mayor.

Esta forma de testar ya existía en la legislación española como testamento nuncupativo y nuestro código de 1884 también se contemplaba esta especie de testamento. El testamento nuncupativo, pierde posteriormente su naturaleza y se convierte en testamento abierto para distinguirlo del testamento privado.

El testamento privado se reserva su otorgamiento, solo para casos de absoluta necesidad, en los que al cesar tal necesidad, también terminan las justificantes; porque la ley establece que dicho testamento está permitido cuando el otorgante se encuentra en peligro inminente que haga temer por su vida sin haber otorgado disposiciones testamentarias; en consecuencia al desaparecer la enfermedad o al haber transcurrido un mes sin que

ocurra la muerte de dicho testador, deja de surtir sus efectos tal testamento privado, como lo previene el artículo 1571 del Código Civil. Una vez que haya dejado de surtir sus efectos dicho testamento privado por las causas citadas el testador deberá otorgar otro testamento en las condiciones normales, es decir, otro testamento ordinario, por todo lo antes mencionado, consideramos que el testamento privado -previsto en el artículo 1565 del Código Civil, es aquel que se otorga ante el inminente peligro de muerte del testador, debiéndose otorgar por escrito u oral ante la presencia de tres testigos por lo menos y formalizarse posteriormente ante el juez para su validez.

Capítulo Segundo

ANTECEDENTES JURIDICOS DEL TESTAMENTO

1.- Derecho Romano.

De medular importancia es conocer el antecedente de una institución jurídica y del que se pretende hacer su estudio como es el caso del testamento, ya que el conocimiento que obtengamos de su origen nos dará la pauta para formarnos nuestro criterio y de ésta manera llegar al conocimiento exacto respecto del tema que se pretende desarrollar en el presente trabajo.

Para el estudio del derecho y sus instituciones, que mejor que remitirnos al Derecho Romano -cuyas ideas tomamos de Ibarrola (obra citada, pag. 659-664) de Rojina Villegas (obra citada, pag. 289 -321) y de Fustel de Coulanges (en su obra "La Ciudad Antigua" Cuarta Edición, Editorial Porrúa, S. A. México, 1980.) - que es cuna y cimiento del sistema Jurídico y aún del derecho positivo mundial.

Tanto en el sistema jurídico como en el conjunto de la civilización, hay tres elementos comunes en nuestro derecho los pueblos de Europa central y Occidental en atención a que fueron nuestros inspiradores, tales elementos son: los elementos Romanos, Cristiano y Bárbaro. Siguiendo tal secuencia resultan entre ellos grandes semejanzas que no excluyen grandes

diferencias. Porque ni Alemania, Italia, España o Francia son una misma cosa, y sin embargo en todas ellas tácitamente reconocen las mismas influencias de los tres elementos ya mencionados, pero el orden, el modo y la proporción que ha presidido a la combinación de tales elementos de semejanza, no han sido los mismos en todas partes. Tal circunstancia sería suficiente para producir diferencias sensibles, aunque no existiera otra causa poderosa de divergencia en el propio tronco primitivo particular de cada uno de los países en que las naciones nuevas se han ido conformando.

A través de la adquisición *peruniversitatem* Romana podían darse otras tantas formas de adquisición, entre ellas: La adquisición por sucesión, la transmisión de una herencia por medio de la *iure cessio*, la *bonorum addictio*, que tenían como objeto salvar las manumisiones, la adquisición de un patrimonio en virtud de la potestad paterna, de las *manus* o de la potestad del amo, *bonorum venditio* y *bonorum sectio* y por último la confiscación.

Para efectos del presente trabajo solamente nos referiremos a la adquisición a título universal que operaba a través de la sucesión y especialmente la que se realizaba por conducto del testamento, como disposición de última voluntad del difunto.

Al fallecimiento de una persona, el Derecho Romano daba un continuador de su persona, al que se le nombraba heredero. La palabra heredero venía de *herus-amo*, llamado también sucesor, pues viene a ocupar el lugar del difunto. El heredero deviene en dueño del patrimonio, adquiriendo además la obligación de cubrir

todas las deudas del finado, como si él personalmente las hubiera adquirido, de tal suerte que los acreedores tenían acción para cobrarle hayándose garantizado dicho crédito con la totalidad del patrimonio del difunto, e inclusive con el del mismo heredero; también con los posibles bienes y derechos que pudiera tener en el futuro.

En el Derecho Romano, se perseguía satisfacer tres clases de fines, mediante la reglamentación de esta forma de adquirir un patrimonio en su universalidad, a saber:

- a) Que no fuera manchada la memoria del difunto por la bonorum venditio, consistente en que los acreedores se posesionaran de los bienes de la sucesión procediendo a la venta, a la muerte del titular, pagándose con el producto de la misma, pero cuando existía un heredero que vendía o en nombre del difunto vendía los bienes, la infamia ya no afectaba en nada la memoria del de cuius.
- b) Se pretendía la seguridad o garantía para los acreedores de que a pesar de la muerte de su deudor -hoy difunto- sus derechos o sus créditos estaban seguros.
- c) De tipo religioso, tomando en cuenta la trascendencia que para los romanos significaba el culto privado o familiar, nos percataremos de la importancia de este fin, pues aseguraba a cada miembro de la familia la protección de los dioses manes. Siendo necesario que el mismo no fuera interrumpido por la muerte del pater familias, de tal

manera que los pontífices optaron que el heredero junto con el patrimonio, fuera sucesor en el culto, consecuentemente adquiriría la sacra privata. El heredero adquiere la totalidad de los bienes del difunto, con excepción de los derechos que se extinguen con su persona, pues lo substituye en la sociedad como propietario de sus bienes; deudor y acreedor tienen la facultad de ejercitar sus acciones y pudiendo ser demandado por los acreedores del difunto.

La herencia o sucesión, es el patrimonio del difunto que recibe el heredero y como sanción de ese derecho, tiene una acción civil de nombre *petitio hereditatis*, de *heres*. Así también asignaba el modo de adquirir *per universitatem*, mediante el cual recoge el patrimonio el heredero, estos dos sentidos los expresa la palabra *sucesio*, de *sucedere*. En el derecho romano se contemplaban tres formas de sucesión: la legítima, la testamentaria y la oficiosa. Las sucesiones legítima y testamentaria no podían tener lugar ambas a la vez, salvo algunos casos especiales.

La principal característica de la adquisición es la designación del heredero. Esta se podía hacer de dos maneras: ya sea por voluntad expresa del difunto o por disposición de la ley. Teniendo preferencia la voluntad del difunto sobre la disposición legal para elegir al heredero. La ley de las XII tablas sancionaba para el padre de familia el derecho de elegir él mismo la persona que habría de continuar su persona para después de su muerte.

Los tratadistas, aún no se han puesto de acuerdo, cuál de los dos

tipos de sucesiones se reglamentó. Hay quienes sostienen que los romanos sólo conocieron las sucesiones ab intestato o legítima, de igual manera que los germanos y griegos aseguran que la ley de las XII tablas introdujo la sucesión testamentaria.

La sucesión ab intestato y la testamentaria, existieron desde el mismo origen de Roma y por tanto la ley de las XII tablas únicamente sancionó ésta situación de las sucesiones.

En el Derecho Romano, el pater familia por sus facultades era dueño de elegir ante los pontifices y las curias, al continuador de su culto y de su persona civil. Aún cuando los romanos dieron preferencia al derecho de testar, no puede decirse que entre ellos era una deshonra morir intestado, lo deshonroso y para otros muchos pueblos era morir y no dejar heredero alguno, porque significaba a la vez que era indicio de una mala sucesión el presagio de la bonorum venditio y de infamia, es decir la extinción de la sacra privata. Al respecto Fustel de Coulanges en su libro "La ciudad antigua. Estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma. Cuarta Edición. Editorial Porrúa, S. A., México, 1980. (pág. 31 y siguientes) nos dice: "La regla de cada familia debía de perpetuarse siempre. Los muertos necesitaban que su descendencia no se extinguiese". Por eso las leyes de manú llamaban al hijo primogénito "el que ha sido engendrado para el cumplimiento del deber". "Su único como su interés único, era que nunca faltase un hombre de su sangre para llevar las ofrendas a la tumba". Así el indio creía que sus muertos repetían sin cesar

"Ojalá nazcan siempre en nuestra descendencia hijos que nos ofrezcan el arroz, la leche y la miel" y añade el indo: "la extinción de la familia produce la ruina en la religión de ésta familia; privados de las ofrendas, los antepasados caen en la mansión de los desgraciados". "La ley encargaba en Atenas al primer magistrado de la ciudad que velase para que ninguna familia se extinguiese; también la ley romana se mostraba atenta a no dejar caer ningún culto doméstico, decía un orador "No hay hombre que sabiendo que ha de morir, tenga tan poco cuidado de sí mismo que quiera dejar a su familia sin descendientes, pues entonces no habría nadie que le tributase el culto debido a los muertos". "Una familia que se extingue es un culto que muere". "En virtud de estas opiniones el celibato debía ser a la vez una grave impiedad y una desgracia: una impiedad, porque el celibatorio ponía en peligro la dicha de los manes de la familia, una desgracia porque ni él mismo podría recibir ningún culto después de su muerte, ni conocería "lo que regocija a los manes". Era simultáneamente para él y para sus descendientes una especie de condenación. En Esparta, la legislación de Licurgo castigaba con severa pena a los hombres que no se casaban. "Dice Pollux que en muchas ciudades griegas la ley castigaba el celibato como si fuese un delito". (obra citada, pag. 32). Era esto conforme a las creencias: el hombre no se pertenecía a sí mismo, pertenecía a la familia. Pero no era bastante engendrar un hijo. " El hijo que debía de perpetuar la religión doméstica debía ser el fruto de un matrimonio religioso. El bastardo,

hijo natural, el que los griegos llamaban Vodos y los latinos Spurius, no podía desempeñar el papel que la religión asignaba al hijo, tampoco podía participar en el culto; veremos que por la misma razón, no tenía derecho a la herencia". (Obra citada, pag. 33)

Si el matrimonio sólo había sido concertado para perpetuar la familia, parecía que pudiera disolverse si la mujer era estéril. En la India prescribía la religión "que la mujer estéril se reemplazase al cabo de 8 años. Que el deber fuese el mismo en Grecia y Roma, ningún pretexto formal lo prueba. Sin embargo, Herodoto cita dos reyes de Esparta que se vieron obligados a repudiar a sus mujeres porque eran estériles. Por lo que a Roma concierne, bastante conocida es la historia de Carvilio Ruga, cuyo divorcio es el primero que los anales romanos hayan mencionado. "Carvilio Ruga dice Aulo Gelio, hombre de ilustre familia, se separó de su mujer mediante divorcio, porque no podía tener hijos de ella. La amaba con ternura y sólo contento recibía de su conducta. Pero sacrifico su amor a la religión del juramento, pues había jurado (en la fórmula del matrimonio) que la tomaba por esposa para tener hijos". (obra citada, pag. 33).

"Si un matrimonio resultaba estéril por causa del marido, no era menos necesario que la familia se continuase. Entonces su hermano o un pariente del marido debía sustituirlo y la mujer tenía que entregarse a ese hombre. El hijo que nacía de esa unión se consideraba como del marido y continuaba su culto. Las

legislaciones antiguas prescribían el matrimonio de la viuda cuando no había tenido hijos con el pariente más próximo de su marido. Los hijos que nacían se reputaban hijos del difunto". (obra citada, pags. 33 y 34).

"El nacimiento de una hija no realizaba el objeto del matrimonio. Así en el viejo Esquilo, se llama al hijo salvador del hogar paterno. El ingreso de este hijo en la familia se señalaba con un acto religioso. Primero tenía que ser aceptado por el padre. En calidad de dueño y custodio vitalicio del hogar del representante de los antepasados, este debía declarar si el recién nacido era o no era de la familia. El nacimiento sólo formaba el lazo físico, la declaración del padre constituía el lazo moral y religioso. Esta formalidad era tan obligatoria en Roma como en Grecia y en la India". (obra citada, pag. 34)

" Además se necesitaba para el hijo , como ya hemos visto para la mujer, una especie de iniciación. Tenía lugar ésta poco después del nacimiento; el noveno día en Roma, el décimo en Grecia, décimo o duodécimo en la India. El padre reunía ese día a la familia, convocaba a los testigos y hacía un sacrificio a su hogar. Se presentaba el hijo a los dioses domésticos, una mujer lo llevaba en sus brazos y daba corriendo varias vueltas alrededor del fuego sagrado. Esta ceremonia tenía un doble objeto: Primero purificar al niño, es decir limpiarle de la mancha que los antiguos suponían que había contraído por el mero hecho de la gestación y enseguida iniciarle en el culto

doméstico " (obra citada, pag. 34).

De todo lo anterior nos percatamos de la importancia que tenía eldescendiente y lo profundamente religiosos que eran en la antigüedad los pueblos.

Siendo ésta la causa que justifica la preferencia de los romanos, particularmente por la sucesión testamentaria; el que otorga testamento e instituye un heredero, estará más seguro de tenerlo, demuestra precaución y el deseo de conservar intacto su honor, pues transmitía su patrimonio y su culto familiar.

La supremacía de la sucesión testamentaria conducía al principio sancionada por la ley de las XII tablas, de que los herederos ab intestato sólo tenía derecho a la sucesión cuando no existían herederos testamentarios. No podía haber para una misma sucesión un heredero testamentario y un herdero ab intestato, bien se presenten juntos o uno después de otro, si sucedía esto quedaba sin efecto la pretensión del heredero ab intestato subsistiendo la del heredero testamentario (idea obtenida de Ibarrola, obra citada, pag. 647).

Con bastante frecuencia sucedía que el pretor llamaba a la misma persona, que el derecho civil, ratificándole sus derechos, pero a veces sucedía que llamaba a otro, resultando un conflicto con el derecho civil en interés de los cognados. Pero la persona que nombraba el pretor no era verdaderamente un heredero porque la autoridad del pretor no era tan poderosa como lo era la ley civil. Constituyéndose sólo en bonorum possessor, que es loco heredis, o sea, la persona a la cual procura por otros

procedimientos una situación parecida a la de un verdadero heredero. Pero como nos ocuparemos sólo de la sucesión testamentaria, diremos que el testamento romano es un acto solemne mediante el cual una persona instituye a su heredero. Por ser una manifestación de última voluntad, es esencialmente revocable. Con la palabra testamento no sólo designamos el acto de testar, sino que es también el documento en que consta éste acto que también se llamaba Tabulae.

El gran jurisconsulto romano Ulpiano -citado por Ibarrola (obra citada, pag. 659)- define al testamento como " una afirmación justa de nuestra mente, hecha en forma solemne para que valga después de la muerte ". Al respecto Modestino -citado por Ibarrola (obra citada, pag. 659)- decía que " es una disposición, decisión, de voluntad de aquello que alguien desea que sea hecho después de su muerte ".

La ley de las XII tablas la definía como "Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ves est" (obra citada, pag. 659) La concepción del testamento evoluciona hasta que se concibe como la base para repartir el patrimonio de una persona para después de su muerte.

No se sabe con precisión, si el testamento en Roma, la libertad testamentaria es una creación de la ley de las XII tablas o es una confirmación del derecho consuetudinario ya existente, es posible que sea una confirmación, porque los romanos no creaban exnovo instituciones. Otra duda es saber si el testador debía escoger al heredero entre sus parientes más próximos.

Posiblemente para una persona con cierta preparación le es difícil admitir que en el siglo V a. de C., en una comunidad rústica con ciertas reminiscencias de la copropiedad familiar, un pater familia dejará el patrimonio de su domus a cualquier extraño. Siglos después resultaba que podía instituir heredero a cualquiera, interviniendo las autoridades judiciales para defender a los hijos y a los hermanos del testador contra la injusta preferencia de extraños con el consecuente daño de los citados parientes.

En el testamento romano, los sujetos que intervenían eran: El testador, es el que manifiesta su voluntad y designa el sucesor de su patrimonio y su culto familiar; el heredero, es el que continúa la persona del difunto en sus ideales, odios, simpatías y en su culto doméstico. Además sucedía al testador en casi todos sus derechos y deberes que no se extinguen con la muerte, pero la sucesión patrimonial era el fin principal (ideas obtenidas de Ibarrola y Rojina Villegas, en sus obras citadas).

2.- Formas del Testamento Romano.

(resumen obtenido de Ibarrola, obra ya citada, pag. 674).

El testamento en Roma fue evolucionando y se crearon diferentes tipos de testamentos o formas de testar, admitidas por el derecho civil de la época, derecho pretorio y las constituciones del imperio, existiendo en el derecho civil el testamento Calatis y el testamento in proncictu.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

a) Calatis Comitilis (ante Comicios).

El Testamento Calatis Comitilis -idea obtenida de Ibarrola (obra citada, pag. 683) y Rojina Villegas (obra citada, pag. 368 y sigs).- era otorgado ante los comicios por curias convocadas para ése fin y en presencia de los potífices el testador dictaba su última voluntad. Los comicios intervinieron porque la sucesión comprendía la transmisión del culto privado y la del patrimonio. Este testamento en la antigüedad era la forma ordinaria de otorgarlo. El testador declaraba ante los comicios su última voluntad, nombrando al que elegía como heredero de su culto privado y patrimonio, ésto lo autorizaban los comicios. Se ha discutido si la actividad que desarrollaban los comicios era una aprobación de la elección o declaraciones efectuadas, que tiene el carácter de ley, o si los comicios sólo tenían el carácter de testigos y si su intervención comprendía el aprobar o no el contenido del testamento. Nos atrevemos a considerar que los comicios eran sólo receptores y testigos para dar fé de la existencia de las disposiciones de última voluntad dictadas por el testador, para que ellas gozarán de seguridad y autenticidad, no habiendo caso en el cual los comicios pudieran modificar o desautorizar la voluntad expresada ante ellos por el testador. Como los comicios se reunían sólo dos veces al año, el testamento colatis comitilis, sólo en esas ocasiones se podía otorgar. Dado que se otorgaba ante los comicios, el testamento tenía el carácter de testamento público.

b) In Proncictu.

La otra forma de testar era el testamento in pronictu -siguiendo la idea de Ibarrola, al tratar el testamento especial. (obra citada, pag 704 y sigs.)- y tesis presentada para obtener el título de licenciada en Derecho en la UNAM presentó Petra Quezada Guzmán en 1973, intitulada " Debe considerarse revocado un testamento por otro posterior que hubiere quedado ineficaz".

(págs.45-47) que sólo podía ser otorgado por los soldados, al entrar en batalla, manifestaban su última voluntad a sus compañeros de armas actuando como testigos de dicha expresión. Como es de advertirse, estos testamentos ofrecían desventajas: el colatis comitiis sólo se otorgaba dos veces al año y el in pronictu que sólo se otorgaba al iniciarse una batalla; esto trajo como consecuencia la necesidad de crear otra clase de testamento que no tuviera éstos inconvenientes, para que se pudiera testar en cualquier momento deseado.

c) Mancipatorio.

Es así como surgió el testamento per eas et libram, testamento mancipatorio o en forma de contrato (tomada de Antonio de Ibarrola - obra citada, pag. 674- y Rojina Villegas - obra citada, pag. 368 - 370 -). Esta nueva forma de testamento implica el reconocimiento de la libertad testamentaria en ella culmina la idea de la propiedad privada individualista.

Se otorgaba de la siguiente manera, el testador ante la proximidad de su muerte celebraba una compra venta ficticia con familiae emptor, con testigos, librepens, balanza etc., o sea, llenando las formalidades de un mancipatorio. De ésta manera, el

testador en presencia de cinco testigos y de librepens "mancipa" o sea vende toda su herencia (familia pecuniae) a un tercero, al llamado familiae emptor, a quien luego encomienda mediante palabras solemnes, (nuncupatio) la ejecución de las disposiciones de última voluntad contenida en la Tabulae testamenti. Era un amigo del testador el comprador que se obligaba a la muerte del testador a repartir los bienes entre las que el testador asignará. En un principio, el familiae emptor adquiría la verdadera propiedad de la herencia, es decir, tenía el carácter de heredero en tanto que los terceros designados jugaban el papel de legatarios, con los que se encontraba obligado. Ya en una nueva modalidad de testamento mancipatorio, su derecho de propiedad era sólo en apariencia, en el fondo no era más que ejecutor del testamento. Este testamento existió sin desaparecer los testamentos in procinctu y calatis comitiis, con la consecuente ventaja de que aquél podía otorgarse en cualquier momento, pero con la desventaja de que por tratarse de un acto bilateral no se podía revocar por la voluntad de una sola de las partes y también de que iba acompañado con mucha publicidad y en razón de que el pater familia no lo podía usar en favor del hijo que tenía bajo su autoridad, en virtud de que la mancipatio no era posible entre ellos, además de que la enajenación debía producir un efecto inmediato y parece que el testador no tenía algún medio jurídico para revocarlos. Ante esta situación, este testamento mancipatorio tuvo que evolucionar presentando las siguientes transformaciones: El familia emptor cambia su papel,

ahora es la persona en quien el testador pone su confianza, siendo el encargado de entregar la sucesión al heredero; además su declaración queda contenida en una tablilla, misma que era entregada al familiae emptor debidamente cerrada y firmada por los testigos que en ella intervenían.

Dichas tablillas contenían las disposiciones relativas a la institución de heredero y legatario, sobre manumisiones, tutela o curatela.

El familiae emptor ya no recibe la propiedad quiritaria del testador, sino era solo un depositario y en caso de mala fé de éste, los herederos tenían una acción real para rescatar los bienes hereditarios de los que hubieran sido privados.

Esta nueva forma de testar abarcaba dos aspectos a saber:

- a) Era propiamente la mancipatio, en el que el familiae emptor hacía una declaración de que adquiría el patrimonio y lo tenía en depósito, con el objeto de que se dictará el testamento.
- b) Se constituía por la nuncupatio, que consistía en la declaración que hacía el testador teniendo en sus manos las tablillas, que contenían los nombres de los herederos y todas las disposiciones testamentarias. Siendo la nuncupatio una parte fundamental del testamento, la nuncupatio era sólo un elemento de validez en cuanto era referida sólo a la forma; pero éstos debían llenarse, sin que fuera interrumpido por un acto extraño al testamento otorgado (ideas obtenidas de la tesis profesional

intitulado " Debe declararse válido un testamento que ha sido revocado por otro posterior declarado ineficáz ? " que para obtener el título de licenciada en derecho presentó Petra Quezada Guzmán, en la Facultad de Derecho de la U. N. A. M. en 1973).

El testador en una tablilla escribía todas las disposiciones referentes a su última voluntad ante 7 testigos, a los cuales al terminar les presentaba las tablillas que podían estar cerradas si era el deseo del testador, conservándose en secreto sus disposiciones. Cada testigo colocaba su suscriptio al pie de las disposiciones y una vez realizado éste acto se procedía a cerrar completamente las tablillas; enseguida ponía su sello escribiendo cerca de él su nombre. Sin interrupción de ningún acto extraño al testamento, estas formalidades debían cumplirse.

d) Tripartita

El testamento tripartita se llamaba así porque las formalidades requeridas para su otorgamiento emanan de 3 diferentes cuerpos jurídicos, según se desprende del análisis siguiente: La presencia de los testigos y la exigencia de no interrumpir el testamento por ningún acto extraño a éste, ello es tomado del derecho civil; el número de los testigos, los sellos y la anotación del nombre de cada uno junto al sello, con origen del derecho pretorio y finalmente la suscriptio la encontramos regulada en las Constituciones Imperiales (ideas de la tesis, pag. 44).

Se dispuso -por conducto de Justiniano- que para asegurar la

legitimidad del testamento y evitar fraudes, que el nombre del heredero debería escribirse de puño y letra del testador o en su caso por los testigos en los términos que precisaban la constitución dada por el propio emperador Jutiniano (tesis citada, pag. 45).

En ésta época ya se conocía y regulaba el testamento privado y se otorgaba ante siete testigos rogados e idóneos, pudiendo ser su otorgamiento en forma verbal o escrito. Verbal cuando el testador confía su palabra a los testigos su última voluntad; escrito si se limitaba a presentarles el documento en que decía contener sus disposiciones testamentarias, en el cual se impone la firma del testador y de los testigos, con los sellos y los nombres correspondientes. La emisión o redacción del testamento no admite en ninguno de ámbos casos interrupción, requisitos de las unitas actus.

" Pero el decaimiento y desquebrajamiento del Imperio romano era evidente, teniendo el poder absoluto y una dominación casi general del mundo conocido de los antiguos, sucumbía no tanto al exceso de su extensión y a los ataques del exterior, sino al decaimiento y relajación del principio de las sociedades paganas. El nacimiento del cristianismo y de su iglesia, ejercieron influencia en toda la vida humana, brotando en el campo del derecho un nuevo tipo especial para esta organización y que se le dá el nombre de derecho canónico, en razón a lo que viene a regular " (tesis citada, pag. 46).

En pleno imperio romano tuvo lugar el desarrollo de la iglesia

católica, bajo el peso de un derecho poderoso e ilustrado por grandes jurisconsultos, era obvio que tal influencia era ineludible que rodeaba a la iglesia, se hizo sentir sobre ella y aceptó todo lo que en el derecho romano no se oponía a la fé o a la moral del evangelio y todo lo que se refería a una multitud de puntos y negocios que no habían previsto ni el antiguo ni el nuevo testamento. Se establecen como principios que se rigieran por el Derecho Romano, la iglesia y los presbíteros. En tales condiciones es incuestionable que el derecho canónico tiene por factores primitivos los elementos cristianos y romanos. En cuanto a la materia que nos ocupa, se siguieron los lineamientos trazados por el derecho romano y no por el canónico como es evidente. Al clero de cada provincia se le asignó -por medio de Constantino- una parte de las rentas públicas y autorizó a la iglesia a recibir toda clase de legados, llegando a tal extremo después que no se podía testar sin dejar legado piadoso a la iglesia; es decir, que la intromisión de ella fué exagerando. En el Derecho Germánico hay poco del testamento, en cuanto a los inicios de su regulación.

Solamente una semblanza daremos respecto de la vida germánica, porque en donde encontramos referente a ello es en el libro IV de la "Guerra de las Galias" de Julio César, "Compendio Geográfico" de Pomponio Mela -citado en la tesis, pag. 46- y por cierto es poco lo referido a la materia sucesoria y es especialmente testamentaria en virtud del tema que nos ocupa.

Otra fuente y por ello importante, la encontramos en la "Germania

o Crónica" de Tácito, pues se refiere a los terceros, dice que el testamento no existía y que los bienes que integraban el trinomio era transmitido al hijo mayor, principio que tenía excepciones tratándose de ciertos bienes (tesis citada, pag. 46).

" Por ello en virtud de las preferencias que por la caballería tenía dicho pueblo y a la destreza y dedicación hacia la misma, el caballo revestía una especial importancia para ellos y se transmitía por herencia, pero sin que ello fuera necesariamente a favor del hijo mayor, sino que se transmitía a la persona que el testador designara por mostrarse más feroz y mejor para la guerra que lógicamente no recaía en el hijo mayor como se hace notar con anterioridad " (tesis citada, pag. 46).

También se nos ilustra por el mismo Tácito, respecto al orden en que los parientes del difunto podían acudir a la herencia y señala: "Todavía los hijos son herederos y sucesores de los demás padres y no hay entre ellos testamentos a falta de hijos, sucedan primero los hermanos y luego el tío de parte de la madre. Los viejos en tanto, tienen gracia y favor en cuanto tienen más deudos y mayor número de parientes por afinidad. El no tener hijos no causa respeto ni admiración" (Libro IV de los comentarios de "Las guerras de las Galias" de Julio César, biblioteca enciclopédica popular Tácito. "La germania", selección, prólogo y notas de Agustín Millares Clavo, pág. 30) (citada en la tesis, pag. 46 y 47).

Se confirma la idea de la sola existencia de la sucesión legítima

por el siguiente párrafo: "Que de esta manera se ha de vivir y morir y que lo que recibe lo ha de volver bueno y entero como se lo dieron a sus hijos, y que es digno que lo reciban sus nueras, para que otra vez lo den a sus nietos" (tesis citada, Pág.47) como se dijo, ello nos conduce a pensar que había sólo la sucesión legítima.

En tales condiciones " el testamento era desconocido, pués bajo el principio de que sólo Dios podía instituir herederos, pués ejercía una influencia poderosa el vínculo de la sangre y legitimaba la sucesión (tesis citada, pag. 47).

Encontramos varias clases de funcionarios en su organización política-jurídica, en materia sucesoria y son los druidas los que en el caso de muerte y habiendo disensión sobre la herencia o sobre linderos, son los que deciden la controversia .

Por cuanto a los relacionado con " los cónyuges, los maridos, al dote recibido de su mujer, añaden otro caudal de la hacienda propia precedida rasación. Se administraba todo junto con el caudal y los frutos se depositan, el que alcanza en días al otro que dá posesión de capital con los bienes gananciales del tiempo del matrimonio " (tesis citada, pag. 47). Es probable que los colaterales fueran preferidos a los ascendientes, a lo menos por lo que respecta a los bienes inmuebles. Los colaterales eran llamados entre sí en la herencia, no según su proximidad de grado sino por linajes. Entre los cuales había un orden de sucesión particular respecto del caballo de guerra, que pasaba no al primer hijo sino al más valiente y que tenía mejores dotes

guerreras. "El derecho hereditario germánico, agrega Brunner - citado en la tesis, pag. 47- es un derecho de familia. Los herederos eran natos no elegidos, en la medida que según algunos derechos no se podía sustituir el parentesco de la sangre mediante adopción. Las disposiciones de última voluntad o se desconocían o se encontraban prohibidas (historia del derecho germánico, pág. 235) ".

"Los comienzos del derecho hereditario -continúa Brunner- se remontan a una comunidad patrimonial que en vida del causante existen entre él y los herederos en su hogar. Al hijo que se hacía independiente correspondía originalmente una partición de los bienes hereditarios, y a la hija que el marido llevaba a su casa, hacía suyo el *dotalicium* sobre aquellos bienes. Si la comunidad se disolvía por la 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, las armas, la barca, las viandas que se empleaban para el enterramiento y se quedaban o se enterraban con él para acompañar al muerto en el más allá. Si la herencia del causante no era suficiente para pertrechar en forma adecuada para el más allá, se empleaban también contra derecho bienes ajenos " (tesis citada, pag. 47).

El páctus más antiguo del derecho alemán impone multas especiales para el caso de que alguien coloque en la tumba de su muerto objetos de otro dueño. Cuando después de la cristianización de los germánicos asumió la iglesia, el cuidado por la salud del

muerto en la otra vida, el equipo del muerto se convirtió en equipo del alma o dávida del alma mortuorium. Por entonces recibía una porción en la herencia de forma que se atribuía para la salud del alma, la iglesia y los pobres". (Historia del Derecho Germanico pág. 236)" (citado en la tesis, pag. 47 y 48).

La idea de la comunidad doméstica -siguiendo la idea y en forma resumida la tesis, pag. 48- sigue operante después de la formación de un derecho hereditario independiente de ella, puesto que dentro del círculo de los parientes consanguíneos se distingue un sector reducido de herederos que en los diferentes derechos estaban delimitados en forma diversa, pero que regularmente comprendía los hijos, los padres y los hermanos del causante. En primer lugar estaban llamados a heredar los descendientes y entre éstos, con prioridad los hijos. Al principio los nietos, de existir hijos del causante no tenían junto a éstos derecho hereditario alguno. En defecto de descendientes heredaban los padres, y de faltar éstos, los hermanos. El círculo más amplio de los herederos lo constituía la magschaft, en sentido estricto, es decir, los parientes consanguíneos a partir de los abuelos y sus descendientes.

" Sólo aquí se dejó sentir la necesidad del cómputo y prueba de la sippe. Sin embargo, presumiblemente en la época antigua el derecho hereditario estaba limitado al círculo reducido de parientes, y todavía en la edad media sólo se ha dado cabida a la Magschaft en un límite sucesorio diverso en cada derecho.

El desarrollo ulterior condujo a una confusa pluralidad de situaciones intermedias y heteróneas en el sentido de ampliar el derecho de ambos sexos en derecho hereditario como sucedio primero y especialmente en las ciudades. Por lo contrario, respecto de la posesión de bienes raíces mantuvo la preterición de la mujer en la nobleza y en el derecho de los campesinos (tesis citada, pag. 48).

e) Militar.

" Ciertos objetos de la herencia estaban sometidos a una sucesión especial. El equipo de guerra o arreos militares (hereditas) armorum (atondo) consiste en los objetos que el hombre necesitaba para las expediciones bélicas desde que dejó de ser la dotación del muerto, correspondia al fallecimiento del hombre al pariente pars gladii más próximo, según varios derechos, así especialmente, según el derecho sajóna la muerte de una mujer la gerade correspondiente en su contenido a la gerade de la viuda, se adquiría por su más próximo pariente femenino.

Las personas dependientes en protección y después también los semilibres, tenían que entregar al señor una parte de la sucesión, la mejor cabeza de ganado o el mejor vestido o una suma fijada en dinero como censo de redención, gabela que según la antigua concepción, pagaba el propio muerto a su señor, último censo que le pagaba; de aquí que también se llamará ultimus census " (tesis citada, pag. 48).

En el derecho hereditario de los sajones -siguiendo la tesis en

forma resumida, pag. 48 y 49- tenía una posición especial la casa solariega, sede troncal de la genealogía libre con sus tierras pertinentes, que heredaba en indivisión el mayor de los pars gladii.

A falta del heredero llamado el patrimonio del difunto corresponde, según se dispone ya en la fuentes francas, a la comunidad o al fisco, dentro del señorío al señor, desde la edad media muchas veces al soberano territorial, en su lugar al juez o a la ciudad.

Así pues, en sus orígenes y de manera predominante en el derecho germánico se encontraba establecida la idea de la transmisión de los bienes del individuo a sus parientes más próximos, a los miembros del núcleo familiar, esto es, a los herederos que actualmente reciben el nombre de legítimos.

Pero llega un momento en que se reconoce el derecho del hombre a disponer de sus bienes, derechos y obligaciones, para después de su muerte, gozando de libertad de elección para determinar a quien desea le sean entregados o la forma en que deberán distribuirse. Surgen así los llamados derechos de la parte libre, es decir, los derechos de los que el causante sólo podía disponer sobre una parte de su patrimonio, mueble o inmueble en perjuicio de sus herederos con derechos de expectativa. Casi siempre sólo los hijos fueron titulares de este derecho, aunque a veces también les correspondió a las hijas herederas.

Sobre la parte libre -resumiendo la tesis, pag. 49- (cuota de libre disposición propia portio) desarrollada bajo la influencia

eclesiástica y en interés de las disposiciones a favor de la iglesia el causante sólo pudo disponer originariamente cuando hubiere precedido la participación de los correspondiente a los hijos (debita portio); más tarde no fue necesario este requisito. En varios troncos (en los longobardos y bávaros, presumiblemente también en los suavos y turingios) consistía en una parte pro capite. Según otros derechos, determinada en una cuota fija, en la mitad o en un tercio (según los derechos francosalio frisio) en un quinto o décimo del patrimonio. La otra forma del derecho de expectativa llamada moderna, es el derecho de consentimiento formal. Se extiende sólo a los bienes raíces cuya enajenación hace depender del asentamiento de los herederos más propicios sin atención a que tales actos de disposición les perjudiquen materialmente y por lo tanto, se dá también en la enajenación onerosa.

A esta facultad incipiente para testar se le dio el carácter de donación mortis causa. " Esta idea nos la confirma Bruner citado en la tesis, pag. 49- en su obra Historia del derecho Germánico. Octava Edición, traducida y anotada por José Luis Alvarez López, pág. 242, al señalar: "Al principio estuvieron prohibidas las donaciones con ocasión de la muerte, porque según la concepción de la época el causante al hacerlo no tomaba de sí la cosa donada, sino que privaba de ella a los herederos. Sin embargo, el antiguo derecho concoció la posibilidad de que un causante sin descendiente hiciera distribución de su patrimonio a una persona para el caso de muerte si mediante adopción le hacia

heredero. La Ley Ribuarria permitió para el adfatumus la entrega de un documento. Desde los siglos VII y VIII fueron permitidos y usuales con carácter general, sobre todo a favor de la iglesia la donación post obitum, negocios jurídicos realizados por traditio cartae en cuya virtud la propiedad sobre el objeto donado debía pertenecer al donatario después de la muerte del donante que en vida se reservaba la propiedad inalienable.

Se empleaba la donación por causa de muerte para llenar la necesidad que surgió a causa del facultamiento del individuo para disponer, aunque sólo parcialmente de sus bienes para después de su muerte. Esto no bastó, originando de esta manera que surgiera una institución específica que diera solución a esta situación.

"La iglesia en la edad media puso bajo su protección las disposiciones de última voluntad, exigió la jurisdicción en materia testamentaria y reclamo el cumplimiento de la última voluntad como un deber moral. En el derecho secular las disposiciones de última voluntad se llamarán negocios o mandas, al principio para la parte del alma, luego reconocida con fuerza de vinculación jurídica para otros supuestos" (tesis citada, pag. 50 y 51).

Pero no contenía instituciones de herederos en el sentido romano, sino sólo legados singulares. Para independizar su ejecución de la buena voluntad del heredero se hizo uso (como ya se hiciera en las donaciones post obitum) de ciertas personas intermediarias, fiduciarios, erogadores, ejecutores, a quien se confiaba la liquidación de la sucesión, institución de que toman

origen los ejecutores testamentarios..." (tesis citada, pag. 52).

Se entendía por testamento un negocio jurídico que debía servir precisamente para hacer disposiciones singulares mortis causa, especialmente en favor de la iglesia y fundaciones pías.

Hasta la recepción de los derechos extranjeros en el mundo bárbaro, cuando el derecho romano se recibe en concepto de testamento con necesaria institución de heredero pero sin que la distinción entre éste y el codicilio pudiera penetrar en la conciencia popular.

Por codicilio se solía entender las modificaciones y adiciones posteriores a la última voluntad manifestada en un testamento - dice Ibarrola que " eran disposiciones menos solemnes de última voluntad" y cita el propio autor un pasaje de la colosal obra literaria de Don Miguel de Cervantes Saavedra "El Quijote de la Mancha" en donde decía Sancho " No hay mas que hacer, sino que vuestra merced ordene su testamento y su codicilio " (obra citada, pag. 675).

En el derecho germánico surge bajo la siguiente situación el testamento público como: "El origen y fundamento del testamento ordinario del derecho común era el testamentum septem sigmatium del derecho romano, del cual nació el testamento privado, el oral y escrito del derecho anterior a la codificación alemana " (tesis citada, pag. 49).

Como ya se apuntó anteriormente y tomando del maestro Rafael Rojina Villegas Derecho Civil Mexicano, pág. 364 Tomo IV. Novena

Edición. Editorial Porrúa, S. A., México, 1968. refiriéndose al derecho justinianeo dice: "La legislación de esta época, continuando la obra del derecho imperial, mantiene el concepto del testamento creado por el pretor y estatuye las siguientes formas testamentarias:

El testamento privado común se otorga ante siete testigos rogados e idóneos, y puede ser verbal o escrito. Verbal cuando el testador confía de palabra a los testigos su última voluntad; excepto, si se limita a presentarles el documento en que dice continuarse sus disposiciones testamentarias, en el cual impone la firma suscrita por el testador y de los testigos, con los sellos y los nombres correspondientes. La redacción del testamento no admite, en ninguno de ambas cosas, interrupción: requisitos de la *unitas actus* " (tesis citada, pag. 49).

El testamento privado no fue conocido en el derecho germánico, sino que mucho tiempo después fue asimilándose el derecho romano con sus instituciones y sus propios lineamientos fijados por ellos.

f) *Apud acta conditum y principii oblatum.*

Dice Julius Binder en su obra -citado en la tesis citada, pag. 49- dice: "El testamento público del más tardío derecho romano, el *testamentum apud acta conditum* (son aquellos que se protocolizaban judicialmente las últimas voluntades) el testamento *principii oblatum* (en el cual se testaba válidamente sin guardar ninguna formalidad, si el testamento se entrega al emperador) que entre los romanos solamente aparecía jugando un

papel subordinado, llegó a ser la forma testamentaria regular. Y por cierto conoció el derecho romano común al igual que el romano, dos clases de testamento público: La declaración de la última voluntad consignada en acta por el tribunal o el notario, y la disposición escrita en un documento abierto o cerrado, que se entregaba a la autoridad con declaración de que contenía la última voluntad del declarante. Formaba una variedad particular el testamento otorgado ante el párroco y dos testigos nacido del derecho canónico".

3.- Derecho Germánico.

El testamento en el derecho germánico, con posterioridad al derecho romano no existió y es hasta la recepción y asimilación del derecho romano por parte de los pueblos del mundo bárbaro cuando esta institución se recoge en su ordenamiento legal, con los lineamientos ya marcados por el citado derecho romano.

Veamos ahora el derecho francés en nuestro peregrinar por las ciencias jurídicas en aras de conocer su origen del testamento así como su evolución y características, ya que nuestro derecho positivo fue inspirado del francés en sus antecedentes inmediatos.

Respecto al origen del derecho francés dice Castellanos Gregorio (obra "Compendio Histórico sobre las Fuentes del Derecho".. Primera Edició. 1986. pág. 86 -citado en la tesis, pag. 52- "El derecho escrito le vino de los romanos, el derecho

consultudinario de los germanos y el derecho canónico de la iglesia".

"La unión de estos tres elementos, la originalidad del vínculo que las unió y el carácter idéntico e individual a la vez, se deben al desenvolvimiento especial de la nueva nación que ha tomado asiento sobre la antigua Galia"

4. - Código de Napoleón.

(ideas obtenidas de Ibarrola, obra citada -pags. 654, 866, 871 y 960- y Rojina Villegas -obra citada, pags. 34 - 132).

Hablando con justicia diremos que el Código de Napoleón es el principal monumento del derecho francés del que nuestra legislación civil ha tomado gran cantidad de instituciones jurídicas y en el cual encontramos lineamientos de derecho sucesorio y lo referente a la regulación de la institución testamentaria con una singular regulación que ha sido la base en nuestras legislaciones civiles. En cierta ocasión en su cátedra, mi maestro Hernán González Iturrarán y asesor del presente trabajo, dijo: " Napoleón conociendo la trascendencia e importancia del Código Francés o de Napoleón dijo que pasaría a la historia mundial no por sus victorias, sino por haber elaborado el Código Civil de Francia" lo que ha sido una gran verdad.

Dicho código de Napoleón esta formado de tres libros y un título preliminar que abarca desde el artículo primero hasta el sexto. El primer libro trata de las personas y comprende once títulos;

el segundo trata de los bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad con cuatro títulos; el tercer libro se ocupa de las diferentes formas de adquirir la propiedad y consta de veinte títulos. Está perfectamente ordenado y sistematizado, que en su totalidad y tomando en cuenta el título preliminar consta de treinta y seis libros que a su vez corresponden a treinta y seis leyes, cuyo conjunto forma el Código Civil. Pero a su vez los títulos están divididos en capítulos y si es preciso, además los capítulos en secciones y las secciones en párrafos.

Como ya se apuntó, el libro tercero se refiere a las diferentes formas de adquirir la propiedad. El código de Napoleón entiende por manera de adquirir la propiedad los actos o los hechos que dan a una persona la propiedad de una cosa o un derecho real sobre dicha cosa. Estas formas son originarias o derivados. Son originarias los que sirven para dar la propiedad de una cosa que no pertenece a nadie; los derivados, aquellos que hacen pasar de una persona a otra la propiedad ya establecida. Dichas formas de adquirir se dividen entonces a su vez en manera de adquirir a título universal y a título particular.

a) Sistema en materia testamentaria.

Se adquiere a título universal en la totalidad de derechos y obligaciones de una persona, dichas formas son la sucesión legítima y la testamentaria. Se adquiere a título particular en una o varias cosas determinadas, como son los legados y las donaciones de objetos en forma unitaria.

Conforme al Código de Napoleón la propiedad de los bienes se

adquiere y se transmite por sucesión, donación inter vivos o mediante testamento, y por el efecto de las obligaciones, igualmente se adquiere por accesión, incorporación, prescripción, la ley y la ocupación de tales bienes.

El tercer libro regula la adquisición de la propiedad a través de la donación, sucesión y testamento, a su vez su título primero se refiere a las sucesiones ya se trate de testamentaria o legítima. Suceder a una persona -en el código de Napoleón- es en general venir a tomar el lugar que ella ocupaba; de tal forma que hay sucesión en todas las adquisiciones por un modo derivado. Cuando se dice que una cosa pertenecía a otra persona, ya sea que ha sido dada o comprada, es claro que se sucede en dicha propiedad de tal cosa. Este ordenamiento contiene otra acepción distinta a tal sentido general, el vocablo sucesión recibe un significado particular y técnico por el cual se expresa la forma especial de adquirir aquello que obra en nuestro título. Es decir, que en estos términos la sucesión es la transmisión universal de los derechos activos y pasivos de una persona para el momento de su muerte a la persona sobreviviente que la ley designa. Se dice, con mucha frecuencia que la palabra sucesión es la transmisión de la universalidad de los derechos y obligaciones.

En la misma forma se utilizan los términos herencia y sucesión como sinónimos ya sea para significar la transmisión del patrimonio o el patrimonio transmitido a otra persona.

En dicho código de Napoleón el título dedicado a las sucesiones está dividido en seis capítulos. En el primero la ley regula la

apertura de las sucesiones e indica las consecuencias inmediatas, la ocupación de los bienes de la herencia también llamada saisine des heritiers; el segundo capítulo, se refiere a las calidades exigidas para suceder; el tercero, los diversos ordenes de sucesiones regulares; el cuarto, lo relativo a las sucesiones irregulares; el quinto lo referente a la aceptación, ya sea pura y simple, sea beneficiosa o a beneficio de inventario y de la repudiación de las sucesiones; finalmente el sexto, bajo el subtítulo "du partage et des rapports", explica los efectos de la sucesión y especialmente las obligaciones de los coherederos, ya sea entre ellos o frente a terceras personas.

El Código de Napoleón solamente acepta la sucesión legítima.

En consecuencia en el testamento jamás hay herederos, solamente legatarios. El título de las sucesiones se ocupa solamente de la sucesión Ab Intestato y los testamentos se regulan en el título de las donaciones que a su vez se subdividen en: inter vivos y donaciones testamentarias.

Dicho Código reconoce dos clases de herederos: perfectos y los herederos irregulares ó herederos imperfectos. Los parientes legítimos del difunto son los que el código llamaba herederos legítimos y los hijos naturales legalmente reconocidos, su cónyuge o finalmente el estado los llamaba herederos irregulares. El vocablo heredero legítimo, tiene dos sentidos, uno genérico y el otro específico. El sentido genérico significa los sucesores Ab intestato, todos los herederos legítimos quiere decir llamados por la ley, los simples legatarios son los llamados por la

voluntad del hombre.

Como característica de distinción entre ambos es que mientras los herederos regulares son representantes del difunto y reciben absolutamente todos los derechos y sus obligaciones, de tal manera que se encuentran investidos desde la muerte del autor de la sucesión, no solamente de la propiedad, sino además de la posesión legal de los bienes e igualmente responden de las obligaciones, de tal forma que se encuentran personalmente obligados a cumplirlos, aún en el caso de que los mismos rebasen el activo de la sucesión; por su parte los sucesores irregulares no representan al difunto y en consecuencia aunque investidos de la propiedad de los bienes de aquel, ellos no tienen pleno derecho a la sucesión, pues deben demandarla a los herederos.

Por ello no responden de las deudas que como detentadores de los bienes les corresponden, sino solamente del valor de los bienes que reciben en tal carácter. Toda persona tiene por herederos a todos sus parientes hasta el duodécimo grado, inclusive a sus sucesores irregulares como son sus hijos naturales, su cónyuge y el estado, tal y como lo anotamos anteriormente.

Los herederos perfectos ó irregulares se clasifican en cuatro ordenes que comprenden a distintas personas que se llamarán una en defecto de la del orden:

En primer orden, la ley llama a la sucesión a la descendencia del difunto; en segundo orden, a ciertos colaterales privilegiados, ya sea sólo o en concurso con ciertos ascendientes privilegiados; en tercer orden, los ascendientes en general y en

cuarto orden, los simples colaterales. Al lado de ésta graduación, la persona cuenta con los sucesores irregulares citados anteriormente.

En el código de Napoleón, la sucesión reúne las características siguientes:

- a) Recae sobre la universalidad del patrimonio del individuo que fallece.
- b) Es necesario que el sucesor sea llamado, no por voluntad del difunto, sino por disposición de la ley.
- c) En caso contrario habrá donación testamentaria y no sucesión.

Es por ello que afirmamos que la donación de ése monumento jurídico, podemos definirlo como la forma especial de adquirir la propiedad mediante la cual se opera la transmisión universal de derechos de una persona que ha fallecido por una persona viva que expresamente designa la ley.

En tal código de Napoleón la materia testamentaria se reglamenta en el libro III, título II, llamado "De las donaciones entre vivos y de los testamentos". Dicho título esta compuesto por nueve capítulos cuyo objeto es el siguiente: El primero formula algunas reglas generales y preliminares; el segundo reglamenta la capacidad tanto de disponer como de recibir, ya sea por donación o por testamento; el tercero fija la cuota de bienes disponibles a título gratuito y la reducción de las liberalidades que sobrepasan la cuota fijada; el cuarto se refiere especialmente de las donaciones, reglamentando sus formas y efectos; el quinto está dedicado especialmente a los testamentos regulando las

formas ordinarias o privilegiadas, determinando sus efectos e indicando las causas que puedan volverlos ineficaces; el sexto, es común a las donaciones y a los testamentos; igualmente el séptimo en relación con aquellos por los que, un ascendiente hace por él mismo el reparto de sus bienes entre sus descendientes; el octavo recoge reglas especiales para la donación entre conyuges en su contrato de matrimonio y por último, el noveno se refiere a las donaciones entre conyuges, y lo somete a reglas particulares para tal donación.

En esta materia el código de Napoleón contempla tres clases de intereses también valiosos y son: El interés del que dispone ya donador o testador; el interés de sus parientes y el del estado ó de la sociedad.

Nos ocuparemos sólo de los capítulos relativos a las disposiciones generales ó de introducción y especialmente de los testamentos, para no desviarnos del tema.

El primer capítulo de las disposiciones generales, se establece expresamente que no podrá disponer de los bienes a título gratuito, más que por donación entre vivos o por testamento a través de las formas que el propio ordenamiento establece.

Menciona tres puntos principales en que se puede disponer de los bienes a título gratuito, ya acabadas de señalar, cita las personas que han de disponer o recibir bienes a título gratuito y qué bienes pueden ser objeto de esta disposición. Las reglas son de dos tipos, la que trata principalmente de la forma de las disposiciones y las otras del fondo, o sea, del carácter

intrínseco de las mismas disposiciones. El capítulo quinto, título segundo del libro, tercero, se refiere a la materia testamentaria especialmente denominando a las disposiciones que emprende "De las disposiciones testamentarias", dicho capítulo esta dividido en ocho secciones. Las primeras dos se refieren a la forma de los testamentos, una para los ordinarios y la otra para los especiales o privilegiados. La tercera sección presenta la clasificación Tripartita de legados en universales, a título universal y a título particular. Las tres siguientes tratan por separado estas tres clases. La séptima sección se ocupa de los ejecutores testamentarios y la octava sección prevé la revocación de los legados y de su caducidad.

Además, se establece la facultad de testar, determinando su alcance, al señalar que toda persona podrá disponer por testamento, ya sea bajo el título de legado o bien bajo cualquier otra denominación adecuada a manifestar su última voluntad. Al igual que nuestro código, aquel no admite que en un mismo acto testen más de dos personas, ya en favor recíproco o de un tercero. Legado universal es la disposición testamentaria por el cual el testador da a una ó varias personas la universalidad de los bienes que dejará a su fallecimiento. El legado universal a diferencia del legado a título particular es la atribución hecha por testamento del derecho, al menos eventual, a la universalidad de bienes del testador. El legado a título universal es aquella disposición por la cual el testador deja una cuarta parte de los bienes que la ley le permite disponer; pudiendo ser la mitad, un

tercio o una cantidad fija de todos sus inmuebles o muebles, cualquier otro legado no constituye más que una disposición a título particular. El legado particular es el legado puro y simple que otorga el legatario, a la muerte del testador, un derecho a la cosa legada y que es transmitible a sus herederos y causahabientes.

En dicho código el testamento es un acto esencialmente revocable, por el cual una persona dispone para el momento de su muerte de todo o parte de sus bienes, de tal forma que éste acto en vida del testador no es otra cosa que el proyecto de una disposición que se va a perfeccionar sólo a su muerte. A la luz del artículo 895 las características generales del testamento son: Este precepto establece que el testamento es un acto por el cual el testador dispone de sus bienes para después de su muerte ya sea de la totalidad o de una parte, y que ése acto puede ser revocado.

De lo anterior se desprenden dos condiciones principales que caracterizan esencialmente al testamento: que es la obra de la sola voluntad del testador y que el acto no tiene efecto sino después de su muerte, pudiendo revocarlo cuantas veces lo desee. Esta disposición puede efectuarla el testador sólo respecto de la cuota de bienes que el código le señala. Tal ordenamiento señala que el patrimonio de toda persona está dividido por la ley en dos partes, de las cuales una puede ser transmitida gratuitamente al gusto del propietario, en tanto que la otra esta sustraída a la disposición gratuita y debe obligatoriamente llegar a sus

sucesores ab intestato. La primera se le llama porción reservada o reserva simplemente. La cuota disponible se regula de acuerdo con sistemas diferentes según a quien este dirigida la disposición, pudiendo ser al hijo natural del disponente, a su cónyuge o a cualquier otra persona; distinguiéndose la cuota disponible ordinaria, entre esposos y para los hijos naturales su cuota disponible.

Además la cuota ordinaria varía según la calidad y el número de herederos que tuviere el finado sólo hasta la muerte del disponente se conoce si ha dispuesto más allá de la cuota y consiguientemente si ha guardado la reserva ó si hay en la sucesión lugar a la reserva.

Se regulan varias formas de testamento, sus reglas varían, según se trate de los testamentos ordinarios ó de aquellos que se permiten su otorgamiento en condiciones especiales o privilegiadas, habiendo un elemento común, que todas las formalidades que se exigen deberán cumplirse bajo la pena de nulidad al no cumplirse.

Las formas ordinarias son: el testamento ológrafo, el testamento público y el testamento místico. Los testamentos especiales son: el testamento militar, el hecho en un lugar en el cual las comunicaciones son interceptadas por causa del contagio, el testamento hecho en el mar y el testamento hecho en país extranjero. El testamento público es el que se recibe por dos notarios en presencia de dos testigos o por un notario en presencia de cuatro testigos, pero sin prescindir del notario.

Al recibirse el testamento por dos notarios deberá ser dictado por el otorgante, y escrito por cualquiera de los notarios tal como es dictado. Al haber sólo un notario, el testamento debe ser igualmente dictado por el propio otorgante y escrito por el notario. En ambos casos el notario debe dar lectura al testamento en presencia de los testigos y el testador, debiendo expresarse en el testamento que se han cumplido todas las formalidades exigidas. En tanto acto público, el testamento debe reunir cuatro formalidades: El testador debe dictar él mismo su última voluntad, ésta voluntad debe ser escrita por el notario tal y como le sea dictado, salvo los requisitos de redacción que deben ser llenados por el notario; este deberá leer el testamento en presencia del testador y los testigos y por último el notario redactor deberá mencionar el cumplimiento de las formalidades, en tales condiciones que no dejen lugar a dudas sobre su cumplimiento, bajo pena de nulidad.

Una vez hecho lo anterior, el testamento, al igual que cualquier acto jurídico, debe ser firmado tanto por el testador como por los testigos. Los testigos deben saber y les deben constar que el testamento ahí contenido, es la real y verdadera voluntad del otorgante. Sobre los testigos, la ley señala expresamente a las personas incapacitadas para ser testigos y sobre éstos testamentos, encontramos que la ley los incapacita: los legatarios, los parientes de éstos hasta el cuarto grado, incluyendo al cónyuge, los pasantes o escribantes del notario que intervino en el otorgamiento del citado testamento.

Otra formalidad establecida en el Código del Napoleón, es que se exige que para el caso de que el testador no hable francés, el testamento se redacte en el idioma del otorgante y además en el idioma francés, para mayor seguridad sobre lo que quiso real y verdaderamente disponer en su testamento.

Todo lo anterior es con la finalidad de garantizar la verdadera expresión de última voluntad. Siendo el propio testador que debe dictar su testamento de tal suerte que el notario no debe hacer más que copiar sus palabras. El citado Código evita minuciosamente todo lo que puede hacer temer que el testamento no fue hecho por el testador, en virtud de que en tal código existen otros actos en los cuales se permite al notario levantar el acto sólo, debiendo seguir las instrucciones que sobre el particular le hayan sido dadas, pero sobre el testamento público, lo reduce a una simple secretaria, en donde no debe escribir otra cosa que aquello que se le dictó y bajo el dictado de aquél mismo que habla. Lo mismo se observa en la lectura ante los testigos, en tales condiciones se tiene por cierto que el notario ha reproducido exactamente el pensamiento del otorgante y con la finalidad de evitar que el notario pudiera hacer cambios. Lo consiguiente en hacer mención de que se han cumplido todas las formalidades exigidas para éstos testamentos, es para garantizar el fiel y cabal cumplimiento de las anteriores formalidades exigidas.

5.- Derecho Español.

En el Derecho Español. Sobre éste derecho de tan importante institución la vamos a consultar de tres cuerpos de leyes: Las siete partidas, el fuero Juzgo y la Novísima Recopilación (Consultando a Ibarrola, obra citada, pag. -653 - 665- y Rojina Villegas -obra citada, pags. 36 - 184 y 291 - 455).

a) Las partidas.

Sobre los testamentos y las herencias, se ocupa la sexta partida a manera introductoria, resalta las ventajas de la disposición testamentaria, al testamento, al señalar que obran con gran criterio aquellos que durante su vida se ocupan de obtener un conjunto de bienes y aumentarlos, pero mayor criterio demuestran los individuos que para el momento de su muerte saben ordenar y disponer de los suyos de la manera que estiman conveniente y de conformidad con su plena voluntad, eliminando con esto problemas entre sus herederos y realizando un acto a favor del alma del otorgante. Las circunstancias que determinan que el hombre proceda con la mayor cordura al otorgar su testamento, es que a través de él se expresa su última voluntad y una vez otorgado, al morir tal persona, no puede regresar a hacerlo de nuevo y ni siquiera a enderezarlo. Además se establece que la herencia ya sea transmitida por testamento, por manda o cualquiera otra forma, constituye un medio para que las personas hereden. En el primer título se haya regulada dicha materia testamentaria.

Dos palabras latinas "Testatio et Mens" -dice Ibarrola (obra citada, pag. 659)- que quieren decir, Testimonio de la voluntad del hombre, de cuyas fueron tomadas el nombre del

testamento. Dado que el testamento contiene precisamente la voluntad del otorgante, estableciendo en él sus herederos y determinando la manera en que ha de repartirse su patrimonio, con la finalidad de que dichas disposiciones sean cumplidas para después de la muerte del testador.

Las formas de testamentos ordinarios son:

1.- "Testamentum Nuncupatium" -Antonio de Ibarrola, obra citada, pag. 673- que en latín significa que debe hacerse en forma patente ante siete testigos, debe expresarse ya por escrito u oralmente, las personas a quienes se instituye herederos y la forma en que han de repartirse los bienes.

2.- La otra forma es la "Testamentum Scriptis" (obra citada, pag. 673 - 685 y tesis citada, pag. 56 - 60) que en latín significa que se manda se haga por escrito y no por otra forma, ante siete testigos llamados y rogados por el otorgante con capacidad para intervenir en tales condiciones. Además cada testigo debería escribir su nombre con la siguiente fórmula "Yo fulano, soy testigo de éste testamento, que lo hizo tal hombre (nombrandolo) estando yo presente" (tesis citada, pag. 56).

Cuando alguno de los testigos no supere escribir, cualquiera de los otros puede hacerlos en su nombre a pedimiento de aquél; los testigos debían colocar sus sellos en el documentos en que se ha plasmado el acto testamentario. En el caso de que alguno de los testigos no tuviera sello,

pedia imprimir el de otro testigo. Además el testador, hecho todo lo anterior, al calce del documento debería de escribir su nombre con la siguiente leyenda: "Yo fulano, otorgo que hice este testamento, en la forma que esta escrito en éste documento" (tesis citada, pag. 57).

Cuando el otogante no supiera escribir o bien no pudiera firmar, lo podia hacer cualquiera otro a su ruego.

Dependiendo el tipo de testamento, se exigia una serie de formalidades como: iniciado el testamento ante la presencia de los testigos, no debía ser interrumpido por ningún hecho extraño hasta en tanto no se terminaba. Pero cuando el testador tuviere necesidad de hacer una cosa, particularmente necesaria, podia interrumpirse el testamento iniciado y proseguirlo cuando desapareciera tal necesidad. Cuando no se cumplía con las formalidades que para tal testamento se requería, era invalidado el testamento otorgado.

En cuanto a la conducta observada en los testigos que los mantenian áptos para figurar como tales en éstos testamentos se consideraba las siguientes circunstancias como impedimentos: haber sido condenado por sentencia por "malas cantigas" o por declaraciones que se hicieron contra algunos con la intención de difamarlos; ó bien, el haber sido condenado por delitos de robo u homicidio, o alguno semejante ó más grave siempre que se hubiere dictado sentencia en que además, se contenga la citada condena; los apóstatas, las mujeres, los menores de catorce años, los siervos, los mudos, los sordos, los locos, los pródigos.

En cuanto a la forma material de que el testamento se redactará por escrito en pergamino de cuero o de papel, en tablas enceradas o de cualquier otra forma, se podía elaborar en cualquier documento en que pudiera plasmarse por escrito.

Se permitía que se elaboraran copias del testamento para evitar la desaparición de las disposiciones de última voluntad del otorgante con su destrucción. En éstas condiciones, se permitía al testador, tener consigo una copia y las otras colocarlas en un lugar seguro, ya sea una iglesia o darlas a un amigo para protegerlo de una eventual destrucción.

Cuando se elaboraran copias del testamento se requería que todas se encontrarán selladas con el mismo sello que el original y que concordarán ambas en su contenido, tanto con el original como entre las copias. No importando la mutilación de una de ellas, con tal de que constará en los demás la expresión de última voluntad del testador de una manera completa.

La institución de heredero constituía el fundamento y razón esencial del testamento, instituir heredero significaba establecer un hombre que se convertirá en dueño ya sea de una parte o de su totalidad de los bienes del testador.

Por regla general, cualquier persona, ya sea física o colectiva podía instituirse como heredero. La disposición de bienes constituía el objeto principal de los testamentos, ya que en obras de piedad, a la villa o consejo o a cualquier hombre, fuera padre, hijo, caballero, cuerdo, loco, etc., en pocas palabras, a cualquier persona que no le prohibiera la ley de manera expresa,

se tratará de que fuera libre ó siervo, pero tratándose de éste último, sólo que su señor fuera libre. La institución de heredero debía hacerse en forma cierta, designándola por su nombre y si debía ser heredero en parte o en la totalidad de los bienes.

No debería quedar duda alguna acerca de la persona del heredero, nombrándolo por su nombre y sobrenombre y cualquiera otra circunstancia para no abrigar duda alguna acerca de que se trata de la persona a quien quiso nombrar el testador; tal designación debería hacerlo el testador personalmente y no por conducto de otra persona. El error invalidaba la institución de heredero, pero si la institución resultaba cierta y se encontraban elementos con los que se identificará al designado, entonces recobraba su validez plena.

En las leyes de partida, se establecían dos tipos de disposiciones de última voluntad diferentes del testamento y eran: las mandas que se hacían por el alma o bien por hacer algún beneficio a un individuo con quien se tenía deuda de cariño ó por parentesco. La manda era una forma de donación mortis causa que hacía el testador en su testamento o en un codicillo a alguna persona por amor a Dios o para bien de su alma o para beneficiar a la persona a quien se le otorga. Podían recibir por manda a todos aquellos que la ley no impedía ser heredero.

Se podía recibir lo mandado, aunque la herencia no. La manda podía ser onerosa o gratuita, pudiéndose obligar al beneficiado con la manda, a dar una determinada cosa en proporción a los que

recibía. Mediante la manda se podía disponer de bienes propiedad del testador ó del heredero.

Para la válidez se requería como elementos de forma, que debía consignarse en el testamento o hacerse por escrito ante cinco testigos, condicilium. Los codicilos, también se encontraban reglamentados, se definían como una forma de escritos pequeños que hacía el testador después de otorgar su testamento, ya sea para aumentar, disminuir, modificar o cambiar alguna de las disposiciones hechas en el testamento. Tal escrito era breve que se hacían ya sea antes de otorgar el testamento o después de otorgarlo (ideas tomadas de Ibarrola, obra citada, pag. 675). Se consideraba beneficioso porque mediante ellos, el testador podía acrecer o reducir las disposiciones que en su testamento hubiera hecho.

Estaba facultado para hacer codicilio todo hombre mayor de catorce años y toda mujer de doce años, siempre y cuando no tuviera impedimentos por la propia ley de partida. Se podía otorgar en forma escrita o verbal, bastando que se hiciera ante cinco testigos. El objeto podía consistir en los bienes de los que se disponía por testamento. En las partidas también se contemplaban la sucesión legítima, pudiéndose heredar por razón de parentesco aún cuando no se otorgase testamento.

Se contemplaban tres grados y líneas: los descendientes, hijos y nietos que descendían por línea recta; los ascendientes, padres, abuelos y los que suben por ella y la tercera era la de los hermanos, los tíos y los que nacen de ellos.

b) Fuero Juzgo.

(ideas tomadas de Ibarrola y Rojina Villegas).

Otro cuerpo de leyes importante es el Fuero Juzgo. Aún cuando no hay regulación detallada de la sucesión testamentaria, si encontramos lineamientos que nos dá una idea del tratamiento que allí recibía el testamento.

Las disposiciones hechas en una manda respecto de sus bienes y se comprobaba que fueron hechas por la mano de su autor y de la de los testigos que intervinieron, necesariamente deberían cumplirse. Probándose también que se hizo en la forma debida y con los requisitos legales requeridos; debiéndose efectuarse ante el obispo, dentro del plazo de seis meses.

Cuando el autor de la manda no la efectuaba personalmente en razón de que no sabia escribir y lo hacia otra persona, era igualmente válida si se probaba en la forma y términos que antes se dijo. Cuando se ruega a otra persona que escriba por él, tal manda será firme si es mostrada ante el obispo hasta dentro del término de seis meses. Si los testigos y el que lo haya escrito juran ante el obispo, que en tal manda no existe engaño, sino que coincide plenamente con lo que aquél mandó y que juracen, que les rogó que fueran testigos y que confirmarán la manda, dichas disposiciones deberían valer plenamente.

Al no hacerse por escrito, los testigos deberían de jurar dentro de los seis meses ante el juez, el contenido de la manda y que dicho juramento se confirme por ellos y por otros testigos, tales disposiciones tendrían plena validez. Los testigos que

cumplieran con dichos requerimientos les correspondería la vigésima parte del dinero del difunto. Se tendrán por falsas las disposiciones, al no hacerse juramento y confirmación dentro de los términos establecidos.

Quando una persona fallecía sin haber otorgado testamento, ni ante testigos ni por escrito, las personas más cercanas a él deberían recibir sus bienes. La cónyuge podía tener parte en toda herencia. Los cónyuges podían reciprocamente recibir herencia, siempre que no existiera otro pariente hasta el séptimo grado.

c) Novísima Recopilación.

En el Derecho Español tenemos la Novísima Recopilación. En dicho cuerpo legal tenemos las disposiciones siguientes: " formas en que podía otorgarse testamento, acudiendo la persona ante un escribano público, con tres testigos por lo menos que presenciarán el acto, debiendo ser vecinos del lugar donde se otorgue, o bien, a falta del escribano, se debería celebrar el acto ante la presencia de cinco testigos vecinos del lugar. Todavía más, cuando no se encontrará ni escribano público, ni cinco testigos vecinos, se podía otorgar la presencia de tres testigos. Pudiendo también otorgarse ante la presencia de siete testigos que no fueran del lugar y sin la intervención del escribano público " (tesis citada, pag. 90).

Además la institución de heredero -siguiendo la tesis mencionada- no era elemento esencial en los testamentos, dado que se establecía que las disposiciones hechas en cualquiera de

las formas tendrían validez en cuanto a las mandas y todas las demás disposiciones contenidas, aún cuando no existiera heredero. También era válido el testamento cuando teniendo nombrado el heredero éste no aceptará la herencia. Tal testamento era plenamente válido y debía de cumplirse cabalmente. Para los testamentos del ciego y para los codicillos existían formalidades, observándose las solemnidades contenidas en la ley del ordenamiento del rey Don Alfonso en lo que concierne al número y circunstancias que debían reunir los testigos que intervenían en el otorgamiento del testamento abierto, en latín llamado nuncupativo ya fuera que se designará por el testador a sus hijos o descendientes legítimos o que nombrará a cualquier persona. En ésta legislación no existía el carácter personalísimo del testamento. El que era condenado por delito a muerte civil o natural, podía otorgar testamento y codicillo u otorgar cualquiera otra última voluntad o bien podía otorgar poder a cualquiera otra persona para que lo hiciera por él. Con excepción del condenado a la confiscación, el condenado y su comisario podían disponer de la totalidad de sus bienes. Cuando el testamento se otorgaba mediante comisario, éste debía tener poder especial sin el cual no podía instituir heredero ni redactar testamento a nombre de otra persona. El fundamento a lo anterior era que algunos individuos no podían ó no querían hacer testamento y por ello se les autorizaba para otorgar poder a otra persona para que lo hiciera por ella, estableciéndose reglas especiales a fin de evitar que los comisarios cometieran fraudes

y engaños con el poder que recibían, se establecía que era necesario poder especial para instituir heredero, desheredar a los hijos ó descendientes del testador, señalándose en el caso de instituir heredero, sobre qué persona debería recaer el nombramiento y en los demás casos especificando el objeto para el cual se otorga tal poder.

6.- Derecho Mexicano.

Los antecedentes en nuestra legislación, lo encontramos en los códigos de 1870 y 1884 respecto del testamento.

a) Código Civil de 1870.

El Código Civil de 1870 encontramos que: definía el concepto general de herencia, como la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte. La herencia podía ser diferida por voluntad del hombre o por disposición de la ley denominándose testamentaria y legítima respectivamente. También se admitía la posibilidad de que ambas concurrieran en una misma sucesión.

El segundo título de libro cuarto se definía al testamento como el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos. Tal testamento no podía otorgarse por procurador, consignándose su carácter personalísimo. La sucesión legítima la definía el citado Código, como la porción destinada por la ley a los herederos en línea recta, ascendientes o descendientes, por tal razón se les llamaba

herederos forzosos. El testador no podía con su expresión de última voluntad afectarla, ya sea privándolos o sujetándola a condición o gravámen, ni sustituirla de ninguna manera en perjuicio de sus herederos forzosos que la ley señalaba como herederos legítimos. La persona que otorgaba un testamento sin observar las reglas y cuotas fijadas para la legítima, según los casos que se establecían, se sancionaba con la declaratoria de inoficiosidad del testamento, sólo en lo que se refería a efectuar el complemento por el autor de la herencia, para que el heredero forzoso obtuviera lo que la ley establecía como legítima.

En éstas condiciones, una vez que el testador procuraba dejar la parte a sus herederos forzosos, sólo podía repartir el excedente en forma de legados.

El carácter revocable del testamento era otra característica, pudiendo efectuarse tal revocación hasta el último momento de su vida. Se recogían diversas formas de testamento. Primero se clasificaba el testamento en: público y privado. Se definían: testamento público aquel que se otorgaba ante notario y testigos idóneos y se extiende en papel de sello correspondiente. Testamento privado es aquel que se otorga, ante testigos idóneos, sin intervención de notario público, pudiendo o no extenderse en papel sellado. El testamento podía ser abierto o cerrado con excepción del testamento militar. El testamento es abierto cuando el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto conforme a la ley.

Testamento cerrado es cuando el testador sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en pliegos o sobre que presenta tanto al notario como a los testigos.

En los testigos había causas de inhabilidad y eran: para los amanuenses del notario que autorizaré el testamento, después se refería a los ciegos y a los que no entienden el idioma del testador, los totalmente sordos o mudos, los que no estuvieren en su sano juicio, los que no tuvieren la calidad de domiciliados, salvo lo expresamente exceptuados por la ley, las mujeres, los varones menores de edad y los que hayan sido condenados por falsedad con sobrada razón.

Era deber del notario y los testigos intervinientes en todo testamento, de conocer al testador o certificar de algún modo su identidad y de hacer constar que se hallaba en su cabal juicio y libre de cualquier coacción, cuando ésto no fuere posible, debía hacer declaración de ésta circunstancia, además cada uno de los intervinientes deberían dar señales que caracterizarán a la persona del otorgante del testamento. Era inválido el testamento otorgado en contravención a lo ordenado ántes. En cuanto al testamento público abierto debía dictarse de un modo claro y terminante por el testador en presencia de tres testigos y el notario, éste debería redactarlo por escrito las cláusulas y leyéndolas al testador para que éste manifestase su conformidad ó no con el contenido. Si estaba conforme deberían firmarlo los intervinientes, asentándose el lugar, la hora, el día, el mes y el año de su otorgamiento.

b) Código Civil de 1884.

Ahora veremos el código civil de 1884.

En el intervalo de 1870 al de 1884 se sintió la necesidad de hacerse modificaciones conforme a las ideas modernas que nos estaban invadiendo y de hacer más sencillos los procedimientos.

El ejecutivo federal designó en junio de 1882 una comisión para que se revisará el Código Civil e introducirse las reformas necesarias. Hecho el proyecto de reformas, la Secretaría de Justicia consideró la transcendencia de éste trabajo, sometiéndose a un nuevo y detenido estudio en que se discutieron y fijaron diversas modificaciones, entre ellas las de libre testamentifacción, que por fortuna se aprobó. Las razones expuestas, en la iniciativa del proyecto, era que apoyaba la libertad de testar de las personas.

Sobre este particular y dada su importancia la trataremos en el siguiente capítulo con la amplitud que el caso requiere.

El Código Civil que nos ocupa contenía los siguientes lineamientos: definía la herencia como la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte. La particularidad de éste Código en relación al de 1870 es que aquel hacía extensiva a la herencia en todos los derechos y obligaciones y no a los bienes solamente como lo hacía el de 1870, ampliando el contenido del concepto de herencia y transformando el carácter meramente patrimonial.

Los medios para diferir la herencia es la voluntad del individuo, en la sucesión testamentaria y la disposición de la ley en la

sucesión legítima. También se admite la posibilidad de que concurren tanto la sucesión legítima, como la testamentaria en una misma herencia.

La sucesión legítima se definía como aquella a través de la cual vienen a recoger la herencia, en el orden, forma y términos que establece la ley, los descendientes legítimos e ilegítimos, nacidos, póstumos, los ascendientes legítimos o ilegítimos, el cónyuge que sobrevive, los parientes y la Hacienda Pública siendo procedente éste tipo de sucesión, sólo a falta de testamento del finado.

Se definía el testamento, como el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos. Con las características siguientes, es un acto personal, revocable y libre.

Toda persona tiene la facultad de disponer libremente de sus bienes por testamento, a título de herencia o legado. Tal derecho sólo está limitado para los casos especiales en que se considera deben ser protegidos y garantizadas prestaciones a personas señaladas expresamente y en las cantidades suficiente.

Para el otorgamiento de testamentos no se exigen fórmulas o palabras especiales, siendo válido el testamento que se haya otorgado, aunque no contenga institución de heredero o que habiéndolo, no acepte la herencia o sea incapáz, es decir, ya no se limita a la disposición de bienes el testamento, sino que se amplía su uso.

Se clasifica el testamento en: Público y Privado.

El testamento Público es aquel que se otorga ante el notario y testigos idóneos y se extiende en papel con estampillas del timbre que la ley establezca. Testamento Privado son aquellas disposiciones de última voluntad que se otorgan ante testigos idóneos sin intervención de notario, pudiendo extenderse o no en papel timbrado, como el público.

El testamento público se clasifica en: Público Abierto y Público Cerrado. Se establecía que el testamento privado, siempre debería ser abierto, con excepción del militar que no debería revestir tal forma.

Testamento público abierto es cuando el testador manifiesta su voluntad ante la presencia de las personas que deben autorizar el acto conforme a la ley. Testamento público cerrado es aquel que otorga el testador sin revelar su última voluntad y sólo afecta una declaración haciendo saber que en el sobre o pliego que exhibe a las personas dice contener su última voluntad sin constarle si contiene o no tales disposiciones.

el Código en estudio establece como testigos incapaces para intervenir como tales en los testamento, los siguientes: los amanuences del notario que autorice el testamento, los ciegos y aquellos que no entiendan el idioma del testador, los que sean completamente sordos o mudos, aquellos que no gocen de su sano juicio, las personas que no posean la calidad de domiciliados, salvo los casos exceptuados por la ley, las mujeres, los menores de edad y los que hayan sido condenados por el delito de falsedad, ésta última causa por razones obvias, así como también

las anteriores.

La mecánica que había que seguirse en el otorgamiento de los testamentos público abierto era: El otorgante, debía de un modo claro y terminante dictar su última voluntad, en presencia del notario y tres testigos idóneos; el notario debía proceder a escribir las cláusulas y una vez redactadas, debería dar lectura en voz alta a las mismas, con la finalidad de que el otorgante expresará su inconformidad; si manifiestaba conformidad, el testamento debía ser firmado por todos los que intervinieron, precisándose el lugar, la hora, el día, el mes y el año de su otorgamiento; tales requisitos son importantísimos como lo veremos en el capítulo respectivo.

Debían aparecer la firma de todos los testigos, con la aclaración de que, cuando alguno no sabía o no podía firmar, podía firmar otro por él. Pero cuando era el otorgante el que no podía o no sabía firmar, se requería de la asistencia de otra persona para que firmará a ruego del testador.

La exigencia que había para que determinado número de testigos concurrieran al otorgamiento del testador, tenía excepciones para el caso de extrema urgencia, ya que cuando no pudiera ser llamado otra persona para que firmará por el testador, podía hacerlo cualquiera otro de los intervinientes, pero se debería hacer constar esta situación en el testamento.

En el caso de que el testador fuera completamente sordo, pero supiera leer, debería dar lectura a su propio testamento. En caso de que pudiera ó no quisiera hacerlo podía nombrar a otra

persona que lo hiciera en su nombre.

Se exigía que todas las formalidades requeridas para este tipo de testamento deberían practicarse sin interrupción alguna y del cumplimiento de que ellas se habían observado debería dar fé el notario.

La omisión al cumplimiento de éstas formalidades se castigaba con la sanción de que quedaría sin efecto y el notario será responsable de los daños y perjuicios, además incurría en la pérdida del oficio, por su falta de cuidado o negligencia.

En contraste con las anteriores legislaciones sobre el particular, se abandona el concepto de obligar al individuo a destinar una determinada cantidad de sus bienes, que generalmente era la casi totalidad de su patrimonio en favor de sus sucesores legítimos, no se le concedía la facultad de nombrar él mismo a sus sucesores. Además se introduce la novedad de que no sólo puede disponer de sus bienes, sino de obligaciones y derechos e imponer deberes, mediante su testamento, ésto ya era un adelanto. Como ya lo apuntamos antes, se introdujo el principio de la libre testamentifacción, obedciendo a los adelantos de la época.

El presente capítulo nos ha servido para ver la evolución del testamento en general y encontramos que desde sus orígenes, se le rodeó de formalidades, que con el devenir histórico se fueron multiplicando, sobre todo cuando se trató de aplicarse o identificándose con otras instituciones. Poco a poco tales requisitos fueron suprimiéndolas, para robustecerlos de los que si eran necesarios y no tan difíciles. El objeto de las

formalidades que se exigen para los testamentos, es la de tener la seguridad y un medio de autenticidad del acto de testar, tanto en su realización, contenido y cumplimiento, por tratarse de un acto de suma importancia. En los orígenes vemos que, en cuanto el contenido comprende el patrimonio y sobre todo la sacra privada, ésta determina la creación de la institución testamentaria, con la única finalidad de que ésta no se extinga con la muerte del jefe de la familia.

Posteriormente y con otros pueblos no romanos, el aspecto era predominantemente económico, esto influyó tanto, que históricamente éste era el carácter en casi todos los países. Actualmente se ha aceptado la concepción de un testamento que implique no necesariamente disposición de bienes, sino que acepta aspectos diferentes como la declaración y cumplimiento de deberes para después de su muerte.

Por el predominio del contenido económico se prefirió en los diversos ordenamientos la sucesión legítima sobre la testamentaria, en razón del afán de que el núcleo familiar no se viera disgregado y desprotegido con la distribución de los bienes a personas extrañas al mismo.

Podemos decir en términos generales que en cuanto a las formas en que se puede otorgar testamento han sido las mismas desde su orígenes, no introduciéndose nuevas formas de testar. Estas clases de testamento se establecen en función del especial momento por el que se atraviesa el otorgante, la proximidad de su muerte y las condiciones en que se encuentra, si puede otorgarle

en la condiciones normales u ordinarias con todas las formalidades, pero si hay circunstancias apremiantes que fácilmente pueden presentarse por el especial instante que se vive, entonces gozará de formas privilegiadas y especiales, observando menor número de formalidades. en éste caso, se otorgará el testamento especial uno de cuyo tema abordaremos en este trabajo.

Capítulo Tercero

EL PRINCIPIO DE LA LIBRE TESTAMENTIFACCION

1.- La Sucesión mortis causa y su Fundamento.

(ideas obtenidas de Antonio de Ibarrola (obra citada, pag. 624 - 676) y de Rojina Villegas (obra citada, pag. 32 - 38).

La libre testamentifacción, principio rector adoptado en nuestra legislación civil de 1884 sobre la facultad de los individuos para disponer libremente, tanto de sus bienes como de sus obligaciones en favor de cualquier otra persona, para después de su muerte. Este principio introducido en nuestro derecho positivo analizaremos tanto su objetivo, así como su contenido, por ser de vital importancia para la meta que nos hemos fijado.

El derecho es importante en toda sociedad, dado que regula todas las relaciones jurídicas que existan y aquellas que pudieran existir; con relación a los bienes de los individuos que dejan al fallecer, debe también reglamentar dicha situación para que tales relaciones no se interrumpen o extingan con la muerte de los individuos, se satisface esta necesidad a través de las instituciones de derecho sucesorio, que tiene como objetivo hacer

posible que los bienes, derechos, obligaciones y deberes de las personas sean transmitidos a otra, substituyendo de ésta manera al que fallece, pero en lo que se refiere en su patrimonio, pues ya anteriormente vimos que tal substitución no es en la personalidad del difunto.

El origen de esta necesidad radica en motivos de orden tanto moral, social, político como económico. Por ello afirmamos que, el derecho sucesorio tiene su fundamento en el requerimiento que imponen toda ésta serie de causas y de que la muerte del individuo no implique un impedimento en la continuación de las relaciones de derecho que originen su rompimiento, que provocarían consecuencias y trastornos fatales.

Existen muchas clases de causas que dan lugar al nacimiento del derecho sucesorio, por ésto existen otras tantas corrientes, que tratan de explicar su fundamento a través de considerar como elemento sobresaliente un determinado aspecto. Así tenemos que, en la antigüedad romana, el carácter que predominaba en la sucesión fue transmitir la soberanía familiar o doméstica y la continuación del culto familiar. Por otro lado, encontramos que se considera el aspecto dominante en ésta cuestión es el económico, pues se observa que mediante la sucesión se dispone del patrimonio del difunto.

Además, encontramos otras teorías que niegan la sucesión hereditaria en cualquiera de sus formas -ideas tomadas de Ibarrola, obra citada, pags. 802 - 804- dado que señalan que no existen bases para su procedencia. Hay dos corrientes que

sobre este asunto existen principalmente: La teoría individualista y la socialista. Ambas tienen su fundamento en lo siguiente:

La primera de ellas, no acepta ninguna especie de sucesión mortis causa, dado que el individualismo es sacado de conceptos subjetivos que han servido de base al derecho sobre el atomismo de la personalidad. En cuanto a la sucesión testamentaria manifiesta que la muerte termina con todos los derechos del individuo, consecuentemente con su voluntad, y que la muerte no es apta para constituir un punto de partida para la creación de derechos, ya que con la muerte, la voluntad creadora ha dejado de existir. Por lo que se refiere a la sucesión legítima, señalan que carece de fundamento igualmente, porque la comunidad de bienes que se pretende preservar en el núcleo familiar, sólo es posible en el transcurso de la duración de la vida, por lo que los bienes a la muerte del individuo, se convierten en vacantes, convirtiéndose en titular de ellos el primero que los ocupa, que en la mayoría de las veces resulta ser el pariente más cercano, otros opinan que es el Estado quien debe ser el titular de tales bienes.

La tesis socialista también niega la existencia de la sucesión hereditaria, se funda en las siguientes aseveraciones:

El derecho de sucesiones se basa en dos ideas anticuadas formadas por la absurda continuación de la voluntad del testador y la copropiedad aristocrática de los bienes de la familia romana, ideas que combaten como enemigos del sistema de

propiedad privada. En ésta misma posición hay una variante que niega el derecho de sucesión con relación a la tierra y a los instrumentos de trabajo, aceptándolo por los bienes consumibles. Las principales tesis que fundamentan la sucesión hereditaria son: las que se refieren al derecho de propiedades para basarlo, otras sustentadas en el derecho de familia y por último la teoría ecléctica.

La primera se funda en la propiedad individual y el ius disponendi; el derecho de disponer de los bienes; la sucesión testada se origina directamente de la voluntad expresada por el testador y la intestada se produce de la voluntad presunta y no viene a constituir otra cosa que una especie de testamento. Lo último nos parece inexacto, no puede haber testamento tácito.

Es obvio, que la anterior tesis ha sido objeto de graves ataques o críticas, principalmente en la sucesión intestada, pues no es posible aceptarla tal y como se plantea.

Se dice que el derecho de propiedad no sería susceptible de comprenderse totalmente si no se incluye dentro de él y como facultad inherente, la facultad del propietario de disponer libremente de su derecho para después de que ocurra su fallecimiento. Se requiere para que éste derecho de propiedad produzca sus efectos mejores y de mayor fecundidad sólo cuando sea completo, personal y susceptible de transmitirse mediante sucesión hereditaria. Se afirma que se iría contra la razón al admitir que el hombre pudiera en forma libre disponer de su patrimonio durante su vida de la forma que lo deseara y que se le

privare de tal decisión para el tiempo en que ya no exista. Cuando el individuo se abstiene de efectuar ésta disposición, mediante el testamento, se presume que la ley suple tal silencio y determina quienes deben venir a tomar los bienes, poniéndose el cuidado de que sean los parientes más cercanos quienes gozarán de éste derecho.

Con base en el antecedente de ésta institución se establece que carece de exactitud la anterior aseveración, dado que la sucesión hereditaria por causa de muerte va más allá de la época en que se admitió que la voluntad del individuo fuera la que determinase la disposición de bienes para después de que ocurra su fallecimiento.

2.- Sucesión Legítima y Testamentaria.

(ideas tomadas de Gutiérrez y González, - obra citada, pags. 522, 534 y 535 - y - tesis citada, pags. 68 - 70)

También encontramos las teorías que fundamentan la sucesión en el derecho de familia. La tesis que señalamos antes, y que parte de la voluntad del hombre, admite la concurrencia de los dos tipos de sucesión, tanto la testamentaria como la legítima; en cambio, ésta segunda doctrina atiende únicamente al principio de la comunidad familiar, constituyendo por ésta razón a la sucesión legítima, como la forma primaria de transmitir el patrimonio para después de su fallecimiento, en tanto que da a la sucesión testamentaria la categoría de sucesión de segundo orden, pero en la actualidad, ésta tienen predominio sobre la otra como veremos posteriormente.

La tesis acléctica pretende basar la sucesión mortis causa en una coordinación de los principios de respeto a la voluntad individual y a la comunidad familiar. Hay fundamentos diferentes en cada una de ellas, por ejemplo, se habla de que sirve de base de sustentación a la sucesión legítima en los vínculos de la sangre y en "el condominio doméstico", y que la sucesión testamentaria se apoya en el derecho de propiedad y las facultades que el mismo concede. También se señala que la razón de ser del derecho de sucesión se encuentra en dos instituciones perfectamente en armonía: la familia y la propiedad privada.

De las anteriores teorías a nuestro parecer la más aceptable es, la que fundamenta el derecho de sucesión en el derecho de propiedad, porque fundamentalmente ése derecho constituye un medio para transmitir el patrimonio de la persona, sin olvidar que su objeto también está constituido por deberes; pero precisamente el principal fin que realiza ó la satisfacción inmediata que cumple, consiste en formar una vía que impida que por la muerte de la persona se vean interrumpidas una infinidad de relaciones jurídicas establecidas, otorgando seguridad jurídica a los integrantes de la sociedad. Junto con lo anterior, se proporcionan como garantía al testador de que los bienes adquiridos durante su vida que constituyen, generalmente el producto de sus esfuerzos, se transmitan a personas que él estime dignas y merecedoras. A decir del maestro Castán Tobenas, en su obra "Derecho Civil Común y foral, tomo primero volumen II, IV edición pág. 189, que es "El remedio a esa misma limitación de

la vida humana, representando la continuidad en el goce de los bienes materiales y de los derechos". De las diversas corrientes expuestas tenemos que dentro de cada una de ellas, conforme al índice que atiendan, darán predominio a cualquiera de los dos tipos de sucesión, tanto la legítima como la testamentaria y en algunos casos sólo aceptarán alguna de ellas y no ambas.

3.- El fundamento y legitimidad de la sucesión testamentaria.

En cuanto al fundamento son los artículos 1281, 1282 y el título segundo del Capítulo I del Código Civil y legitimidad de la sucesión testamentaria, tenemos lo siguiente:

Está sustentada en una base racional impelida por razones de convivencia social, pues constituye un aliciente de gran fuerza en relación con el trabajo, el ahorro y ello constituye una causa en el aumento tanto de la producción como de la riqueza personal ó familiar.

Existe otra razón de carácter político, radicado en la determinación de si el legislador tiene el deber de recoger y sancionar el derecho de testar, porque no se debe perder de vista de que, existe una relación directa entre el derecho del testador para disponer de sus bienes para después de la muerte y el de disponer de tales bienes durante su vida, dado que se trata evidentemente de la característica del derecho de propiedad que es la facultad de disponer de sus bienes.

Se arguye también un fundamento técnico de la sucesión testamentaria, consistente en establecer cual es la fuente de la

que emanan ó brotan los efectos jurídicos que produce éste tipo de sucesión; es decir, si es posible que la voluntad del testador produzca consecuencias jurídicas cuando ya no existe el individuo que la expresó en un documento. Al respecto se plantean varias soluciones, a saber de los autores

De Ibarrola y Gutiérrez y González y tesis citada (pags. 69 - 71)

a) Existen quienes aseguran que los efectos jurídicos, obedecen al hecho de que está en presencia de una voluntad incompleta que será perfeccionada mediante la manifestación de voluntad del heredero o del legatario al aceptar la parte de la herencia de que ésta se trate. La anterior afirmación es errónea, dado que el testamento constituye un acto jurídico de carácter unilateral, por lo que no se trata de una voluntad incompleta, pues para su validez no se requiere de la voluntad de otra persona.

b) En cuanto al fundamento técnico del derecho de testar, existe la opinión de que, surge como consecuencia de la imposibilidad de admitir por algunos tratadistas que el testamento pudiera producir consecuencias cuando ya no exista la voluntad de quien le había dado nacimiento, y que por medio de él pudieran transmitirse bienes del que ya no era titular en el instante que cobraba vigor la disposición testamentaria. Es por lo que, ésta corriente recurre a la voluntad del Estado sujeta condicionalmente a la expresión de voluntad del testador, conceptuándose el

derecho a otorgar testamento como aquél que hará nacer en el momento de la muerte del autor de ése acto jurídico la voluntad del Estado respecto a la distribución de sus bienes de acuerdo con los lineamientos que ya expresó en su testamento.

Podemos afirmar, válidamente que la facultad de otorgar testamento fué discutida sólo hasta poco antes de la Revolución Francesa: Después de ése momento surgieron teorías, algunas atacandola y otras defendiéndola.

A) Teorías que la aceptan

Las teorías que posteriormente se formaron, buscaron dar firmeza y consistencia a sus argumentos en relación con la manifestación de la voluntad. Algunos sostienen que la voluntad del testador es válida por si misma, aún antes de morir, la relación jurídica se establece por el testador en sus disposiciones testamentarias y su efectividad sólo se suspende hasta el momento en que ocurre su fallecimiento, es decir son plenamente válidas antes de su muerte, lo que carecen es de eficacia. Al respecto existe una variante, se dice que el Estado actúa únicamente para garantizar que la voluntad del testador se realizará tal y como lo ordenó en su testamento, porque no es él quien distribuye por si los bienes del finado, sino que tanto herederos como legatarios adquieren los bienes por voluntad expresada por el de cujus, repetimos, se hace eficaz al momento de producirse la muerte, dado que ésta es uno de los presupuestos de la sucesión mortis causa, en tales

condiciones no es la voluntad del finado quien actúa y crea la relación jurídica sucesoria, sino que tal voluntad ya ha sido expresada con antelación y su eficacia se haya suspendida en tanto no suceda la muerte del otorgante. Hasta aquí se discute sobre la facultad de otorgar testamento con la intervención del Estado.

El problema se soluciona de la siguiente manera, existen dos especies de ella:

- a) La que sostiene que las disposiciones testamentarias, constituyen un mandato expresado por el otorgante dirigiendo un ruego al Estado para que lo revista de validez. Se ha criticado dado que no constituye un requerimiento o petición del testador hacia el Estado, sino que el testador expresa cual es su voluntad, teniendo un valor directo (por disposición de la ley), careciendo sólo de eficacia.
- b) La tesis que consideramos aceptable es la que sostiene que la facultad de otorgar testamento proviene de una facultad que el legislador establece en forma de ley para disponer libremente de sus bienes y derechos, y declarar o cumplir deberes para después de su muerte con plena libertad, observando únicamente las mínimas restricciones que en favor de la familia se tiene necesidad de respetar.

Lo cual significa que la facultad testamentaria, se haya sustentada en la facultad que se otorga al testador para disponer de sus bienes y declarar deberes para después de su muerte, sin más limitantes que el respetar las restricciones tendientes a

evitar producir desamparos a personas que puedan necesitarlo. Pero será el Estado quien crea la relación jurídica de sucesión, de tal suerte que en el testamento se contiene la voluntad del testador y al Estado le corresponde darle aplicación a tales disposiciones una vez que ha fallecido el otorgante.

Consideramos que la facultad de otorgar testamento, proviene del poder creador de la voluntad legalmente reconocida por el legislador, para producir consecuencias de derecho, siendo la necesidad de sancionar una conducta que evite la interrupción de las relaciones de derecho por la muerte del titular de los derechos, obligaciones o deberes; y de que el medio más justo ideal o real, será escuchar del propio titular su deseo con relación a los mismos, a fin de que determine quienes deberán ser beneficiados con ellos ó a quien considera más apropiados para recibir tales bienes.

B) Teorías que la rechazan.

Fueron los propios pensadores y filósofos de dicha revolución que examinaron la institución desde su punto de vista individualista, negando la posibilidad de que la persona pudiera proyectarse patrimonialmente más allá del instante de su fallecimiento, pues la muerte aseguraban, extinguía totalmente los derechos de los individuos y por ésto no era aceptable la continuación "en el tiempo y en el espacio" de los derechos y obligaciones del finado. Posteriormente fué atacada por las concepciones socialistas porque consideraban que no era conforme con la "justicia intrínseca" y afecta el interés de los miembros

de la sociedad; en relación con el primer aspecto en virtud de que origina la desigualdad económica entre los miembros de una sociedad y por lo que se refiere al segundo aspecto en razón de que pueden acumularse medios de riqueza en manos de personas que no tengan la aptitud necesaria para hacerlos producir en beneficio de la colectividad, trayendo graves consecuencias.

En las críticas hechas a tal institución encontramos hasta argumentaciones de tipo moral en el sentido de que a través de ella se fomentan vicios como la ociosidad y la negligencia de las personas que confían en la adquisición de los bienes que les pueden ser transmitidos, sin ocuparse de realizar esfuerzos propios para desarrollarse y asegurar su existencia; en relación con el disponente, porque lo llevan a valerse del testamento para expresar ideas descabelladas y dar rienda suelta a sus pasiones, abusando de éste medio jurídico como lo es el testamento.

El fundamento del derecho de testar tiene dos aspectos:

1.- El sustancial, que se atribuye como materia de estudio a los filósofos y economistas, también sociólogos y que no son estrictamente de carácter jurídico, pero son indispensables a las nociones fundamentales que debe tener en su acervo el jurista o abogado. Como una derivación de lo anterior se discute si el derecho de testar se deriva del derecho natural o del derecho positivo, para nuestro punto de vista, sólo existe el derecho positivo. Pero para los iusnaturalistas, constituye un complemento al derecho de dominio derivado de la propiedad,

consecuencia de la libertad personal de que debe gozar todo individuo y el testamento se origina a virtud de garantizar al autor de la sucesión el pleno predominio sobre su patrimonio aún para después de la muerte y dar satisfacción a sentimientos de afecto, gratitud, etc. Otros consideran que la facultad de testar sólo constituye una creación de derecho positivo, que facilita al individuo establecer la manera en que han de repartirse sus bienes y a quienes deberán ser entregados para después de su muerte. Nos parece más atinada esta última opinión. Es indudable, en esta posición que el legislador ha tenido en cuenta una serie de consideraciones para establecer el derecho testamentario, dado que no lo ha concedido de una manera arbitraria y entre ellas podemos citar las siguientes:

- 1a. Debe tenerse en cuenta que se realiza donde se encuentra el núcleo familiar y llevarse a cabo de manera racional, y
- 2a. Tener presente que la facultad de otorgar testamento es útil a la sociedad, ya que constituye una valiosa ayuda y un estímulo para el ahorro, responde también a un sentimiento natural del ánimo del testador.

2.- Desde éste punto de vista formal, ha predominado la que sostiene que proviene de la voluntad humana. Se habla de una potestad absoluta de la voluntad del individuo como apta para crear actos jurídicos tanto entre vivos, como vista para después de la muerte, es decir, que se instituye en vida para que se lleven a cabo después de la muerte. No obstante, recibió

infinidad de críticas en el sentido de que esa voluntad de la que se hacia depender el nacimiento del acto y sus efectos, cuando éstos debían producirse, ya no existía, argumentaban que no era posible que una voluntad inexistente produjera consecuencias de derecho, consideramos que existe una mala apreciación y por lo tanto es incorrecto sostener lo anterior.

Queriendo responder a esas objeciones se hechó mano de consideraciones de tipo espiritual que carecen de relevancia para el campo del derecho, también se trató de identificar la institución testamentaria con el contrato, en el que se encuentra por un lado la voluntad del testador y por la otra la del heredero al aceptar, ésta afirmación es falsa totalmente.

4.- La Libre Testamentifacción.

(ideas obtenidas de Gutiérrez y González - obra citada, pag. 591- y Rojina Villegas - obra citada, pags. 34 - 38).

En un principio la libre testamentifacción se haya excluida por completo en casi todos los ordenamientos y en gran parte de la historia y cuando aparecen indicios de ella la encontramos seriamente limitada a través de porciones que necesariamente deban ser guardados, hayando en éste aspecto también el impulso de tipo económico acabado de mencionar. Sentimos que la causa generadora es la económica, dado que no se encuentran bases de peso suficientes como para determinar y constreñir a un individuo en relación con la disposición que para el momento de su muerte podría efectuar, acerca de bienes que son de su propiedad y en

relación con los cuales tiene plenos atributos para disponer de ellos durante su vida, en el transcurso de la cual cuenta con su presencia que permitiría en relación con tal disposición aclarar dudas y modificar posibles injusticias. Sin embargo, se le priva de ella para después de su muerte, en donde la manifestación de su voluntad y la evidencia de dicha expresión, es imprescindible a fin de que sus bienes, derechos y deberes lleguen a las personas que él estimó, merecían ser herederos. Pero contrario a esto, se le obliga a disponer en favor de sus familiares y se le concede libertad y sólo en ocasiones, para disponer de una pequeña parte de su patrimonio o en absoluto no se le toma en consideración, disponiéndose por la ley por el sólo hecho de su muerte, que sus bienes sean transmitidos a sus familiares.

No debemos confundir lo antes explicado con el principio de la libre testamentifacción, ya que ésta implica la aceptación del sistema de la institución testamentaria y el problema radica sólo en la limitación que la propia ley establece.

a) Análisis.

Siguiendo a los autores ya citados antes, afirmamos que, el límite que impone el principio de la libre testamentifacción se llama reserva, esta fundada en un deber moral y en el interés social. El deber moral se sustenta en el lazo existente entre las personas que desciendan unas de otras, del que surge un deber natural entre unos y otros y que del mismo modo, junto con la obligación de proporcionar alimentos, nace la reserva

hereditaria. En cuanto al interés social se haya en el hecho de que la familia constituye el núcleo fundamental de toda sociedad, siendo la base de sustentación de los demás grupos, por ello el Estado tiene un interés inmediato y de especial importancia para un desarrollo favorable de la familia, de su duración y estabilidad que ayudará a la buena marcha del Estado indudablemente.

En la antigua Roma los comicios autorizaban las formas testamentarias existentes después el pueblo sólo funge como testigo del otorgamiento, en tales condiciones ya podemos hablar de libre testamentifacción. Se advierte que quizá se utilizó en forma abusiva tal facultad dejando sin recurso alguno a sus familiares que originaba la desheredación expresa y creando la acción judicial de pedir la declaración de inoficiocidad del testamento en que eran pretéritos.

Nuestros antecedentes inmediatos los tenemos en España donde estableció Chindasvinto la herencia forzada con el fin de dedicar al servicio del Estado a un mayor número de personas, relevándolos de ésta manera de la necesidad de trabajar. También fue recogida esta obligación por el Fuero Juzgo, sustituyendo a través del Fuero Real las leyes de Estilo y las Leyes de toro.

Posteriormente en las partidas se pretendió implantar las porciones del jurisconsulto Justiniano, no obstante se siguió observando la establecida y admitiendo la desheredación por causas consideradas como graves por la legislación.

Lo anterior se observó en nuestro Código Civil hasta el Código de 1870. Pero a partir del de 1884 se introdujo el sistema de libre testamentación. En el citado ordenamiento civil se contienen los razonamientos de gran peso en el dictamen que rindió la Primera Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados, que me permitió transcribir los de mayor relevancia: "Libro IV . Libertad de Testar" de Miguel S. Macedo citado por Rojina Villegas (obra citada, pag. 36 y sigs.) que dice: "Más grave que las reformas mencionadas de mayor trascendencia es la que la comisión propone que se haga en el Libro IV del Código Civil; hasta hoy en nuestro país se ha considerado que los descendientes tienen un derecho perfecto para suceder a los ascendientes en cierta parte de sus bienes, y que a su vez los ascendientes, aunque la parte que se asigna a éstos sean menor que la que aquéllos deben heredar, en todo caso. El poder Ejecutivo ha indicado sobre este punto una reforma radical, proponiendo que se deje completa libertad a las personas que hacen testamento para disponer de la totalidad de su bienes, sin más restricción que la de asegurar alimentos a los que tienen derecho a percibirlos y sólo por el tiempo que los necesiten. Sobre este punto tan capital se concentran de una manera especial el estudio de la comisión y no obstante las multiplicadas conferencias que sus miembros celebraron, tuvieron el sentimiento de no ponerse de acuerdo, de suerte que uno de ellos ha formulado voto particular, y las ideas que vamos a emitir son exclusivas de la mayoría de la comisión, sin que en ellas tenga

principio ni responsabilidad la persona que suscribe el voto particular a que hemos aludido".

"La antigua legislación romana consagraba el derecho de libre testamentifacción, por manera que todo ciudadano estaba facultado para disponer de sus bienes por testamento, dejándolos a quien pareciera mejor, y la expresión de su voluntad era considerada y respetado como si fuera una ley".

"Hubieron de abusar sin duda de esta libertad algunas personas, dejando a sus descendientes en la miseria o posponiéndolos a otros individuos que en aquella época se tenían como viles ya por la profesión a que se dedicaban, o por inoficiosos los testamentos de sus ascendientes en que eran olvidados o preteridos".

"En el Digesto, Libro V, título II, intitulado: de inoficioso testamento, se encuentran con todos sus pormenores la doctrina que profesó la antigua jurisprudencia con relación al derecho que tenían los hijos para reclamar la herencia de sus padres, jurisprudencia que fue confirmada por varias resoluciones judiciales que también se registran en el mismo título del Código. De estos momentos respetables se deduce que la práctica de admitir a los descendientes a hacer esta reclamación, se fundaba en que se presumía que el testador no había estado en la plenitud de sus facultades mentales cuando sin razón plausible, olvidaba el deber que tenía a su progenitura, dejandola en el abandono y prefiriendo a otras personas que le eran extrañas. Pero esta presunción, como todas las de su clase, cedia ante la

verdad, y no podía ejercitarse la acción de inoficioso testamento en todos aquellos casos en que no era completo el abandono de los hijos, cuando se razonaba la desheredación o cuando los hijos la habían aceptado de alguna manera. En todo caso, la legítima que los hijos podían reclamar no excedía a la cuarta parte del haber líquido hereditario, deducidos los créditos, pasivos y los gastos de funeral, como lo enseña Ulpiano en el párrafo nueve, ley octava del título y los libros citados por el Digesto".

"Así permanecieron las cosas hasta la época del Imperio de Justiniano, el cual con el objeto de uniformar la legislación y reducirla a términos más equitativos, dispuso en el capítulo I de la Novella XVII, que la legítima de los descendientes fuera la tercera parte de la herencia; si aquellos eran cuatro o menos y la mitad si eran cinco o más. Desde entonces la ciencia dividía a los herederos en tres clases, a saber: suyos, necesarios y voluntarios; se denominan suyos a los que hoy se llaman herederos forzosos, porque, según decía un juriconsulto, eran dueños de la herencia aún antes de la muerte de su causante, y con ésta adquirían la libertad de disponer de aquella a su arbitrio. Herederos necesarios se llamaban a los esclavos, porque estaban obligados a aceptar cualquiera sucesión, si bien por ese hecho recobraban la libertad; y voluntarios eran los extraños, tanto porque el testador era libre para nombrarlos, como porque ellos disfrutaban de la misma libertad para aceptar o no la herencia". "Entre tanto que estas disposiciones regían en el Imperio Romano,

las tribus bárbaras que comenzaban a invadir sus diversas provincias profesaban por hábito, aunque no por ley, el principio de libre testamentifacción. La península española que había quedado incorporada al dominio de Roma desde la época de augusto, fue invadida por aquellas tribus en el siglo V de la era cristiana durante la débil administración de Honorio; y a vuelta de guerras sangrientas y dilatadas, quedó en poder de los visigodos, que hicieron de España una nación respetable y poderosa. Las leyes romanas se observaban entre los antiguos habitantes del país conquistado descendientes de los galos y los romanos, pero tanto los conquistadores como los nuevos pobladores, seguían sus prácticas primeras y obedecían a las leyes positivas que comenzaron a expedirse en el reinado de Eurico, hasta que Chindasvinto, gobernante que ha merecido los elogios de la historia, consiguió la fusión y amalgama de las diversas razas, y estableció la unidad de la legislación, derogando las leyes romanas y ordenando que en todo el reino se observaran las disposiciones góticas".

"Este rey fue el primero que estableció la herencia forzosa, como los romanos, en el falso supuesto de que pudieran estar dementes los padres que no instituían herederos a sus hijos, sino que ordenó que éstos fueran sucesores de los bienes de sus padres, a fin de que pudieran consagrarse al servicio del Estado sin tener necesidad de dedicarse al trabajo para procurar su subsistencia. Estas palabras, dicen los críticos, no tienen explicación, como no se suponga que la ley se publicó en favor de las clases

privilegiadas, únicas a quienes podía convenirles vivir en la ociosidad, de donde infieren que fue una disposición particular. "A nosotros nos parece, añade el señor Gutiérrez Fernández, que la ley no recomendaba la excención del trabajo como beneficio de una clase sino que buscaba el desahogo de todas con objeto de tenerlas más dispuestas, más aptas para el servicio público, que en una sociedad guerrera eran principalmente en el de las armas; que aún así, esto no debió ser obstáculo para que la disposición se generalizara, como sucedió en las arras y gananciales, por más que al establecerlos tampoco habían prescindido de la ley de la diferencia de clases. Sobre todo, es un hecho que desde esta ley, bien o mal entendida, ha sido legítima de los hijos o descendientes todos los bienes, menos el quinto de que pueden disponer libremente".

"En efecto, en España estuvo siempre y aún hoy está vigente; fue confirmada por el Fuero Real, por las leyes del Estilo y las de Toro, y entre nosotros jamás se ha reconocido y practicado otra disposición. " Es verdad que el sabio, autor de "Las Partidas", pretendió reducir las legítimas en los términos que prevenía la "Novella" de Justiniano, pero ésta fue una de las disposiciones de aquél Código que jamás fue obedecida, y los autores nos enseñan que en la península española ha sido constante y variable la práctica de que los cuatro quintos del haber de los padres se tengan como propiedad forzada de los descendientes, sin que se les pueda despojar de este derecho, más que cuando existen las causas precisas y gravísimas que las leyes señalan.

como motivo de desheredación".

El maestro Rojina villegas sigue citando a Miguel S. Macedo (en su obra citada, pag. 37) y dice: "Habiendo subsistido este sistema por tan largo tiempo, no debemos admirarnos de que se encuentre sostenido por la mayoría de los jurisconsultos más eminentes, los cuales se identificaron con la idea de que sería injusto todo otro arreglo en las sucesiones hereditarias. El mismo señor Gutiérrez Fernández a quien hemos citado y que sin duda es uno de los más ilustres comentadores del Derecho Civil Español, no se atreve a formular una opinión precisa sobre esta delicada cuestión y después de presentar importantísimas razones en contra de la herencia forzosa concluye con estas palabras: "Nosotros no podemos menos que reconocer un fondo de justicia en la institución de las legítimas que florecen a distintas latitudes de civilización, que nacen en la culta Roma y se arriaga en las salvajes tribus de los hijos de los getas, que sobrevive a los imperios, marcha con los siglos, y es la ley en España, ley en Francia y ley en otros países. No por eso nos declaramos enemigos de la libertad absoluta de testar donde quiera que exista. Para juzgar el valor de ciertas instituciones formales, necesitamos invocar el testimonio de la experiencia. Las leyes, vistas en los Códigos, parecen letra muerta; como mejor se conoce su poderío es apreciado el efecto que produce en las familias..." Termina el autor manifestando las dificultades que habían para establecer en algunas provincias de España la libertad de testar".

"Como se ve, ésta forma se hace temible más bien por lo que respecta al señalamiento, por que deje de estar fundada en la razón. En Inglaterra, la libertad de testar existe desde tiempo inmemorial y ha producido los resultados más satisfactorios. Nadie negará que esa grande nación puede presentarse como un modelo en sus adelantos, en su prosperidad y en las virtudes domésticas de sus habitantes; y todos los tratadistas convienen en que esas ventajas son debidas a la libertad social de que se disfruta en aquel país. La seguridad que tienen todos los habitantes de que han de disfrutar de una manera tranquila y absoluta de aquello que puedan adquirir, les sirve de estímulo para consagrarse afanosamente al trabajo y sabido es que el trabajo se considera como justo título, como la de las virtudes públicas y privadas. Sin haberse hecho ninguna declaración expresa sobre los derechos del hombre, es aquella nación la que más respeta el reconocido principio de que la libertad de cada uno debe extenderse hasta donde no perjudique el ejercicio de la libertad ajena. Las antiguas leyes restrictivas de la libertad personal y del derecho de propiedad han ido desapareciendo poco a poco, ya sustituidas por una legislación mejor ya heridas de muerte por la costumbre, hasta que en la actualidad es aquel país el más libre y quizá el más civilizado que se conoce".

"No siempre fue libre la testamentifacción en Inglaterra, si hemos de creer al comentador de aquella legislación cuya obra es más estudiada entre nosotros; hasta el reinado de Carlos I se observaba una ley por la cual estaba prevenido que la tercera

parte de los bienes del testador debía pertenecer a sus descendientes, la otra tercera parte al cónyuge supérstite y solamente de la última tercera parte podía disponer con libertad. Más algún tiempo después, y sin que pueda designarse con exactitud en que época, la práctica constante fue derogando aquella ley, y se introdujo la costumbre de que cada uno podía disponer por testamento de sus bienes con entera libertad. Esta costumbre ha sido confirmada con posterioridad por varias leyes positivas, y ahora es uniforme en todo el Reino Unido la legislación que autoriza la absoluta libertad de testar. Los tratadistas consideran este cambio como un adelanto en la vía del progreso y aún atribuyen en gran parte la prosperidad material de la nación, a la facultad ilimitada que allí se disfruta para disponer por testamento de toda propiedad".

"Entre nosotros, que estamos habituados a la minuciosa reglamentación de nuestros actos, por haber sido este el sistema de reforma adaptado por nuestra metrópoli, hay personas de recomendable ilustración que temen los resultados que esta reforma puede producir, pero nadie duda que en el terreno de los principios y según las enseñanzas de la economía política moderna, la libertad de testar es un complemento indispensable en las instituciones que nos rigen y su aplicación práctica debe ser favorable al desarrollo de los elementos de riqueza en que abunda nuestro suelo. Los hábitos inveterados por el transcurso de los años nos ha acostumbrado a estar tutelados por la acción del poder público, y esto hace que nos sobrecoja el temor a lo

desconocido cuando se inicia una innovación radical que amplía el círculo de nuestra actividad individual, pero si examinamos las consecuencias que han tenido estas libertades en otros países y si estudiamos los principios científicos de donde estas consecuencias se han derivado, debe cesar nuestro temor y acogéremos confiadamente las innovaciones que se nos proponen".

"Considerando el hombre como esencialmente social, el derecho de propiedad absoluto y libre sobre todo aquello que adquiere le es enteramente indispensable, tanto para que lleve a efecto el pleno desarrollo de sus aptitudes, como para que la misma sociedad pueda conservarse tranquila y adelantar en la senda del progreso.

No bastaría para la paz de la sociedad que la propiedad se limitara al uso de ella por el actual poseedor; es preciso que se respeten como legítimas las transmisiones que éste haga de lo que se pertenece y para enajenar sus bienes, como una consecuencia necesaria del ejercicio de la propiedad. Pero estos medios serán suficientes para el bienestar de la sociedad si hubiera de terminar en el breve tiempo que dura la vida del hombre; por que si a la muerte de éste sus bienes habían de entrar en comunidad general, para que fueren adquiridos por el primer ocupante o distribuidos por la administración pública, la paz social estaría constantemente perturbada por estas continuadas modificaciones de la propiedad y el desarrollo de los elementos de riqueza que cada propietario hubiere acumulado, puesto que su muerte habría de producirse una disgregación que necesariamente sería funesta para la producción. Por otra parte, si el hombre

tiene la conciencia de que a su muerte sus bienes han de tener una aplicación forzosa, en la que su voluntad no ha de ejercer intervención alguna, limitará el ejercicio de su actividad a adquirir lo que baste para llenar la necesidad de su vida, sin preocuparse por lo que pueda suceder con los bienes que queden después de que haya dejado de existir. Estas consideraciones dieron origen al derecho de testar que se encuentra consignado en los monumentos de la más remota antigüedad".

"Supuesto pues, que la facultad de testar es una derivación del derecho de propiedad, es claro que no debe sufrir en principio, más limitaciones que las que establece para el ejercicio del mismo derecho durante la vida del hombre. ahora bien, las leyes no imponen al padre con relación a sus descendientes otra obligación que las de educarlos convenientemente y ministrarle alimentos mientras puedan bastarse a si mismos; los hijos, por su parte, están obligados a honrar a sus ascendientes y alimentarlos cuando lo necesiten, esta misma obligación existe entre los consortes. si estas obligaciones tienen los hombres mientras viven, y si cumpliendo con ellos, son libres en todo lo demás para disponer de su propiedad, no hay razón que funde suficientemente la obligación que se impone a los padres para dejar todos sus bienes a sus descendientes, ni la hay tampoco para que aquellos deban heredar forzosamente a sus hijos. Los deberes de propiedad que tanto se consideró y atendió la legislación romana, quedan cumplidamente satisfechos con la provisión de alimentos por todo el tiempo que los herederos lo

necesiten y en la cuantía que baste esta necesidad".

"Pudiera suceder que abusando el padre, el hijo o el consorte, no dejara a sus herederos los bastante para que pudiera recibir alimentos; pero a esto ha procurado remedio la comisión en el proyecto que tiene la honra de presentar, proponiendo que los alimentos en ningún caso sean menores de lo que produciría la mitad de la herencia que debería corresponder por intestado, de esta suerte se fija y establece una base segura que relaciona la cuantía de los alimentos con el haber hereditario. Al mismo tiempo para evitar los abusos judiciales que pudieran cometerse en favor del alimentista y en contra del heredero, se determina que cuando el testador no haya señalado lo que por alimentos fije no podrá exceder del total de lo que le correspondería al heredero por intestado". (Rojina Villegas, obra citada, pags. 34-38)

b) Contenido.

De lo anterior queda establecido los aspectos relevantes para introducirse e implantarse entre nosotros la libre testamentifacción como una de las formas de transmitirse los bienes al ocurrir el fallecimiento de la persona y su libertad de disponer de tales bienes.

En consecuencia, ya podemos pensar que el fundamento de la sucesión debe encontrarse en la conjugación de varios elementos que determinan el nacimiento de una rama del derecho que regule tales relaciones. Si damos preferencia a un determinado

elemento, casi siempre las tesis resultarán inexáctas, pues al tomar en cuenta un aspecto del problema siempre se resultará parcial. Además, se hará a un lado una de las dos especies de la sucesión por causa de muerte que existen y que son tanto la legítima como la testamentaria, dado que en algunas ocasiones algunas tesis encuentran plena explicación para la base de la sucesión, pero tales argumentos son válidos para una sola de ella, lo que sería errónea.

c) Su fundamento.

Consideramos que el fundamento doctrinal de la sucesión por causa de muerte -cuyas ideas las obtuvimos de Ibarrola (en su obra cita, pags. 635 y sigs.)- en radica en el hecho de que la gran cantidad de relaciones que en la vida se establecen, por las que el conglomerado social se desenvuelve, no puedan verse interrumpidas cuando alguno de los miembros de tal relación muere. Es decir, que por el fallecimiento, las relaciones jurídicas quedarán en desenlace o sin desenvolvimiento a pesar de ya no existir el hombre que las ha creado. Esto provocaría un caos en la sociedad, en la vida de interrelación humana y el fin que persigue el derecho de dar cauce a las actividades que establecen vínculos entre los individuos de tal forma que se establezcan reglas para lograr un desarrollo armónico de vida en comunidad para no verse alterado.

El origen del derecho sucesorio y por ello el fundamento de la transmisión por sucesión, -siguiendo al autor ántes citado, pag.

624 y sigs.- se haya en la necesidad de tipo social y jurídico consistente en que los vínculos o relaciones establecidas entre los miembros de una comunidad no se vea interrumpida, o incumplida por la muerte de uno de los que han intervenido en ella. Hay también un fundamento moral, en cuanto que el hombre, por los especiales sentimientos que puede albergar, trata de que su patrimonio que es fruto de una vida de esfuerzo en la mayoría de las ocasiones, pase a aquellas personas a quienes profesa especial estimación o reconocimiento, o porque durante su paso por la vida ha encontrado personas a quienes cree merecedoras, de que al dejar él de existir sean beneficiados con lo que en vida poseyó. O también cuando durante el tiempo de sus existencia no ha podido cumplir en deberes que giraban sobre él y sabe que hay personas en quienes puede dejar tal carga que las han de cumplir para que su memoria no se vea manchada, o bien, para que la tranquilidad lo acompañe al dejar el mundo de los vivos; la sucesión es el conducto para que éste deseo se cumpla. Hay otro aspecto en cual encontramos el fundamento de la sucesión, es el jurídico, en cuanto se refiere a los atributos de la propiedad, de los que derivamos que si por éste derecho el hombre se encuentra facultado para disponer libremente de sus bienes durante su vida, éste derecho no sería completo si tal facultad no comprendiera el de disponer de ellos para cuando la persona ya haya abandonado éste mundo.

d) Sus alcances.

El Derecho de propiedad debe necesariamente tener el alcance de permitir al individuo que disponga de la totalidad de su patrimonio para después de su fallecimiento.

En cuanto a las tesis que pretenden colocar la sucesión legítima sobre la testamentaria, -por ejemplo el maestro Gutiérrez y González, (en su obra citada, pag. 549) coincide en señalar como un interés principal a proteger por la sucesión, es la conservación del núcleo familiar para evitar que por la disgregación del patrimonio se halle desprotegido pues resultaría injusto que las personas miembros del mismo y que han ayudado a formarlo, a conjuntar los bienes y derechos de que se compone, se vieran privados de un posible beneficio que podía tener la mitad del propietario de tales bienes.

Consideramos errónea la anterior concepción que dá el predominio a la sucesión legítima, dado que actualmente la familia ya no es el núcleo cerrado en que se encontraban incluidos una gran cantidad de personas, sino por el contrario, éste se ha visto reducido como son al padre, la madre y los hijos y que los intereses de éstos puedan ser repestados existiendo aún la libre testamentifacción, dado que el derecho positivo prevé tales circunstancias.

Lo anterior lo afirmamos, porque actualmente ni los hijos, ni la mujer se ven ligados al padre como anteriormente, porque además, en la mayoría de los casos encontramos, su plena independencia económica como en los demás aspectos sociales, sin que se vean

necesariamente ligados a la muerte del padre, al destino que el patrimonio que éste tenga.

Por lo que nos atrevemos a afirmar que las condiciones han cambiado, si encontramos independencia dentro de la familia, si ha desaparecido ése núcleo familiar, tan amplio si los intereses principales que en todo caso deben ser protegidos se pueden conjugar con el derecho de testar, no es posible afirmar el predominio de la sucesión legítima sobre la testamentaria como se ha pretendido afirmar.

En éstas condiciones, y para poder determinar cual de las dos formas de sucesión debe prevalecer, consideramos que la testamentaria y que la legítima debe aceptarse en forma supletoria, dadas las razones dadas con antelación.

Insistimos que, la sucesión testamentaria tiene su base en la facultad que tiene el individuo para disponer de sus bienes y derechos no sólo durante la vida sino para después de que fallezca, porque la limitación a la disposición sólo para actos de la vida, quebrantaría la naturaleza del derecho de propiedad por ser absoluto. También encontramos una conveniencia social, pues a través de ella, teniendo el hombre el conocimiento de que podrá manifestar su voluntad disponiendo de su patrimonio después de su muerte, tratará de reunir el mayor número de bienes para que las personas que él designe reciban los mayores beneficios y no correrá el peligro que aún contra su voluntad se entreguen a personas sin merecimiento. Estas son las razones por las que deben tener prelación las personas que designe el titular para

sucederos en sus bienes y en sus obligaciones. La ley sólo se coloca en el plano del presupuesto general de los acontecimientos humanos sin examinar cada una de las situaciones concretas impregnadas de sentimientos y anhelos de la persona, mismos que podrían ser cristalizadas cuando sea la voluntad del hombre la que coloque en la perfecta dimensión que le corresponde a la hipótesis establecida por la ley, ya sea confirmándola o supliéndola por la situación real del caso concreto a través de su manifestación de voluntad, en la que se contengan perfectamente delimitadas sus disposiciones estableciendo qué personas merecen su preferencia y que deben ser beneficiadas con los bienes que posee en vida y qué personas podrán cumplir las obligaciones que a él le correspondían en vida. De que la familia se halle en un primer plano, para ser favorecida por las diversas causas espirituales, económicas o sociales que se consideren, es sólo un presupuesto de la ley, porque será el titular el único que podrá confirmar tal situación o señalará fielmente quienes deben ser los individuos que deberán ser elegidos y designados o gravados con el cumplimiento de alguna carga que tenga el de cujus al ocurrir su fallecimiento. Trataremos de establecer qué entendemos por libre testamentifacción.

Sin que pretenda ser una definición, diremos que, es la facultad que tiene todo individuo, derivado de la ley de disponer en forma libre de todos sus bienes, derechos y obligaciones, con las limitaciones y requisitos que establece la ley. Es decir, que la

libertad de testar y mediante ello se dispone de los bienes, derechos y obligaciones se deriva de la legislación positiva, sin el cual sería imposible, pero además, tal derecho lo tiene todo individuo nacional. Tal disposición del patrimonio se realiza en forma libre, es decir, sin violencia, al ocurrir ésta el testamento no será válido o se podrá otorgar otro al cesar la violencia.

e) Su limitación.

La ley otorga la libertad de disponer de la totalidad del patrimonio, pero para ello también impone la limitación de que no se podrán disponer de todos los bienes y derechos cuando existe una obligación con otras personas. Tal es el caso, cuando tiene a su cargo o bien la obligación de proporcionar alimentos a personas que en razón de incapacidad ya sea en razón de edad o por incapacidad de aquellos, ya sea física o mental. Fuera de lo anterior, el derecho de propiedad será absoluto con las limitaciones de tipo social que el legislador le impone para el caso de la transmisión por sucesión testamentaria; seguirá de esa característica, no se le podrán establecer lineamientos conforme a los cuales ha de efectuar la expresión de su última voluntad. Podrá realizar plenamente sus deseos para después de su muerte, consignándolos en su testamento en la forma y términos que desee y en relación a las personas que señale. La disposición de sus bienes y derechos la realizará sin constituir reservas de ninguna especie, determinará las personas a quienes

deberán substituirlos en sus bienes y no le impondrá tales personas la ley.

Insistimos que, el fundamento de la libre testamentifacción tiene su base en el derecho del individuo de disponer en forma libre de sus bienes no sólo para la vida, ni durante ella, sino con la misma prolongación para después de su fallecimiento.

Habrà mayor razón de peso después de la muerte ya que no podría oponerse a situaciones injustas como podría hacerlo en vida; por ser la expresión de última voluntad debe facilitarse la mayor libertad posible, tanto en cantidad como en personas, es decir, en relación con sus bienes, derechos y obligaciones, como con las personas que designe para que lo sucedan en tales bienes, derechos y obligaciones.

También podemos afirmar que el fundamento de la libre testamentifacción, consiste en que tal reconocimiento por la ley, no lesiona los intereses primarios que en todo caso deben ser reconocidos como el del cónyuges supértites y menores de edad y también a todos los acreedores alimentarios, dado que tales derechos estarán asegurados sin que ello implique una restricción o que desvirtúe la libre testamentifacción. Hay una perfecta conjugación entre la libertad de testar y el aseguramiento de alimentos de los acreedores alimentarios y otros intereses que no pueden ser soslayados.

Cuando por virtud de ésta libertad de testar se obtiene que el individuo plasme fielmente el sentir de su última voluntad, si mediante ella se logra conocer plenamente sus intenciones y

deseos, por ser un principio reconocido en forma fundamental en el testamento, esta situación deberá ser respetada finalmente para que el fin perseguido por el derecho sucesorio, en consecuencia, la realización de la última voluntad de la persona en su más alta expresión, se deberá llevar a cabo fiel y plenamente. Es decir, por ello que en la medida de lo posible deberá escudriñarse escrupulosamente en el testamento la real y verdadera voluntad del testador, tarea por demás delicada de litigantes y jueces.

Capítulo Cuarto

ESBOZO SOBRE CONCEPTOS LIGADOS A LOS TESTAMENTOS EN GENERAL

1.- Ideas y Conceptos sobre los Testamentos.

En los capítulos precedentes, hemos observado el desenvolvimiento que a través del tiempo ha tenido la institución testamentaria. Desde que en sus antecedentes abarcó tanto la transmisión del culto familiar, como el ser de contenido eminentemente patrimonial, dado que mediante el testamento se realizaba la transmisión del patrimonio del finado hacia sus herederos, ya sean legítimos como testamentarios.

También hemos visto que de la sucesión testamentaria y la legítima, ésta ha tenido mayor preferencia en los distintos pueblos y etapas, argumentándose que la familia del finado es quien debe resultar beneficiado, dado que ésta ha contribuido en la formación de tal patrimonio, consecuentemente, son esos miembros los que deben gozar de tales bienes, derechos y también deben de cumplir con las obligaciones del finado.

El cumplimiento de las obligaciones contraídas por el finado no deben quedar sin cumplirse. Entre nuestra población, sobre todo en los estratos sociales más desvalidos, y por ende carente de conocimientos jurídicos, se tiene la falsa creencia de que una

vez que ha fallecido una persona y que dejó deudas, éstas quedarán sin saldarse, en estas condiciones escuchamos con cierta frecuencia a propósito de ello, que alguien exclama 'Cómo que se murió, si me debía!', pues se murió y le sigue debiendo, sólo que ahora su deudor lo es la sucesión del finado y una vez que se haya denunciado la muerte de tal persona y nombrado albacea legalmente, el acreedor deberá demandar a la sucesión del difunto y el albacea contestar la demanda, dado que es el representante legal de la sucesión del de cujus.

El predominio de la sucesión legítima sobre la testamentaria obedeció a que el propio sistema exigió que los elementos que constituyen el patrimonio no se disgregaran con objeto de mantener en un mismo tronco ése conjunto de bienes y garantizar que la riqueza de ése núcleo reducido, de los económicamente dominantes, no beneficiaría a otros sujetos ajenos y para asegurar que ellos serían los poseedores monopolistas del poder y la riqueza sin peligro de ver disminuido su patrimonio, en un momentodado, por sus disposiciones testamentarias a favor de un extraño, tal como sucedió antiguamente en la época medieval.

Con el devenir histórico el predominio de la sucesión legítima, sufre una variación, aún cuando sea pequeña, ya que la tónica del sistema continua casi igual. Consideran que es la familia quien, en la generalidad, ayuda a conjuntar un patrimonio y que por ello en todo caso, es el núcleo familiar, que debe protegerse a los que quedan sin protección por la muerte de la persona, como pueden ser hijos menores, su conyugue, sus

ascendientes, que en un momento dado pueden encontrarse desprotegidos ante la vida por su ausencia, ésta era la razón que se daba para que se prefiriera la legítima sobre la testamentaria.

Con lo anterior, el hombre observó que en múltiples ocasiones, estas circunstancias no se daban o que tales intereses no debían ser protegidos sino en casos especiales y que una característica definitiva e inherente al derecho de propiedad es la facultad del individuo que goza de él, como el de disponer de sus bienes y que esta disposición no pueda reducirse al ámbito de su vida, sino que conclusiva y con mayor razón debe otorgarsele para después de su muerte. Atendiendo lo anterior, se reconoció legalmente el derecho del individuo para disponer libremente de su patrimonio en la vida y hacerse efectivo en el momento de que ya no existiera, mediante el testamento se instrumentó tal transmisión de bienes, derechos y obligaciones en favor de personas designadas por el finado.

Se observó que en los casos en que se facultó al individuo para testar, se trató de rodear a tal acto de una serie de formas que tuvieron por objeto dar garantía de autenticidad y veracidad al otorgamiento del testamento, a los términos en que fue hecho y la seguridad de su fiel y exacto cumplimiento, para contar con un testimonio del sentido de la última voluntad del individuo, situaciones que es preciso fijar por la especial situación que se presenta en este acto jurídico, pues por su muerte, el autor de la expresión de voluntad desaparece y para el caso de dudar será

necesario tener una fuente a donde acudir con el fin de que sean fielmente cumplidas las disposiciones del finado. Así mismo, se garantiza al testador que se contará con elementos para cumplir exactamente sus últimos deseos, ya que se le proporciona como instrumento el testamento para plasmar tales deseos, que han de cumplirse a su fallecimiento.

Consecuentemente, el fin que se persigue con el revestimiento de las diversas formas de testamento es su autenticidad y veracidad. Pero ahora estableceremos si el objeto buscado por esas formas es posible que se cumpla a pesar de que las mismas no se reúnan plenamente y determinar hasta que grado su ausencia afecta de nulidad a tales disposiciones testamentarias.

Trataremos en adelante precisar, ideas y conceptos ligados a todos los tipos de testamentos, para que tengamos mayor claridad sobre los mismos y sus requisitos, en el entendido de que se darán conceptos aplicables a los testamentos en general y no particularizando sobre determinado testamento.

A) La Forma.

Iniciaremos tratando de determinar el concepto de "Formas formales" y "Formas solemnes", analizaremos las formas requeridas por el testamento en general y posteriormente las especiales del testamento privado, estableciendo en cada caso si se trata de una formalidad o una solemnidad para conocer los efectos que produce su ausencia sobre la existencia del acto jurídico testamentario. En consecuencia, trataremos de determinar si las formalidades

exigidas para el testamento privado estan de acuerdo con nuestra época o si será conveniente eliminar algunas por absoletas. Trataremos de definir o clarificar los conceptos de: Forma, Formalidad y Solemnidad, aplicándolas posteriormente a la materia testamentaria, dado que éste es el objeto.

En nuestro derecho positivo se establece en materia de contratos,

como una causa por la que pueden ser invalidados, el hecho de que el consentimiento no se haya expresado en la forma en que exige la ley. La forma es un elemento que debe llenarse a fin de que tengan válidez los actos jurídicos. En todos los actos jurídicos, existen elementos de existencia, que de no cumplirse o cumplirse contrariamente a como establece la ley, impedirá que tal acto jurídico haya nacido a la vida jurídica, produciéndose la inexistencia del acto; existen también los requisitos de validez, que de no observarse u observarse contrariamente a la ley producirá que tal acto nazca a la vida jurídica herido de muerte, produciendo sus efectos provisionalmente, mismos que han de anularse retroactivamente, una vez conocida la falta de los requisitos de validez, si tal requisito no puede convalidarse.

Cabe preguntarnos, entonces ¿Qué es la forma?.

El maestro Gutiérrez y González Ernesto, en su obra "Teoría general de la obligaciones" (ya citada, páginas 246 -247) dice que la forma es "La manera de como debe exteriorizarse el consentimiento", y que "No es privativa de los contratos, la forma se necesita en todos lo ámbitos culturales para plasmar la

voluntad humana; en la religión, en la moral, en el derecho, y dentro de este en cada una de sus ramas".

"Desde un punto de vista amplio, aplicable a todas las ramas del derecho que rodean ó cubren a los actos de voluntad, o a los hechos de la vida social, de donde provienen los derechos subjetivos".

"También se le puede estimar como conjunto de elementos sensibles que revisten exteriormente los fenómenos que tienden a la creación, modificación, transmisión o extinción de los derechos subjetivos y cuyos efectos dependen en cierta medida de la observancia de esos elementos sensibles según la exigencia de la organización jurídica del momento".

En el "Diccionario de derecho usual" (pág. 213 - 214) vol. II editorial Heliasta S.R.L. Ba. edición Buenos Aires 1974, del maestro Guillermo Cabanellas, dice que la forma es "Figura, apariencia exterior de las personas o cosas. Modo de proceder. Aptitud, disposición, manera, estilo. Expresión de la voluntad de las partes de constancia de un negocio jurídico. Manera o modo de proceder en la instrucción de una causa, instancia o proceso, y en la celebración de una contrato o acto que deba surtir efectos legales. Procesalmente, tramitación y procedimiento en contraposición al fondo de la causa o pleito. Canónicamente, las palabras rituales que en cada sacramento pronuncia el ministro competente para integrar la esencia de aquel".

" La palabra "Forma", tenía diferentes connotaciones en el

Derecho Romano: "a) Como sinónimo de especie, indicaba la figura o aspecto de una cosa o bien; b) la forma constituía también la subdivisión de un género con nombre y régimen jurídico particulares; c) expresa además los términos de lo dispuesto en un edicto, constitución o ley, y d) finalmente, forma que se designó el contenido típico de un contrato conocido o de una institución determinada".

"En forma, o en debida forma, son dos locuciones adverbiales que equivalen a las reglas del derecho o a las prácticas establecidas, y así es habitual en la práctica forense que jueces y en los tribunales rechacen escritos de las partes con el despacho de "pidase en forma" o solicítese en debida forma".

En cuanto a la forma de los actos jurídicos, el propio autor agrega que "son los elementos, condiciones y solemnidades que deben observarse para la formación válida o para la eficacia de un acto jurídico. La escritura del acto, la presencia de testigos, el otorgamiento ante escribano o notario, ante juez u otro oficial público, son ejemplos formales..... de forma" (Obra citada, pag. 214).

De lo anterior, podemos agregar que la forma es el conjunto de requisitos que revisten exteriormente el acto, por disposición de la ley, a fin de que tenga plena validez en el ámbito legal.

La forma no es privativa del Derecho Civil, sino que hallamos una variedad de formas, es decir, diversas maneras de externar la voluntad, las que principalmente se pueden clasificar en: solemnes probatorias, publicitarias, formales y procesales.

B) La Solemnidad.

En cuanto a lo que se refiere a la forma solemne el maestro Gutiérrez y González (obra citada, página 224) dice: "Es el conjunto de elementos de carácter exterior, sensible, que rodean o cubren a la voluntad de los que contratan, y que la ley exige para la existencia del acto ".

" El efecto de ésta forma, es darle existencia al acto jurídico, y si por el contrario ante su falta, por ministerio de la ley, la voluntad de los que desean contratar no produce los efectos deseados y el acto no existe ".

" Entonces, cuando la forma se exige como condición esencial para la validez de los actos jurídicos tendrá el carácter de solemne y será el conjunto de requisitos y condiciones imprescindibles para la validez del acto jurídico ".

" Por lo contrario, las formas formales, son el conjunto de requisitos, condiciones y elementos, que deben observarse para que el acto valga y que no tienen el carácter de esenciales, por lo que su ausencia origina la nulidad ya absoluta o relativa del acto jurídico, que dependiendo del tipo de nulidad, podría ser convalidada o no ".

La forma probatoria es la exigida por la ley para que el acto valga y surta la plenitud de sus efectos, en cuya ausencia el acto se considera nulo.

En éstos, la forma no se exige como requisito indispensable para la existencia del acto, sino como medio de prueba y entonces se

distingue entre actos solemnes y actos no solemnes y se habla de formas o formalidades ad probationem.

La forma publicitaria se exige con el fin de poner en conocimiento de terceros interesados la realización y existencia de determinado acto jurídico.

" En cuanto a lo que se refiere a la forma procesal consiste en los requisitos que deben observarse en cada uno de los actos procesales " (obra citada, pag. 256).

La formalidad, el maestro Cabanellas (obra citada, pág.216) Vol.II, nos dá el siguiente concepto que dice: "Formalidad, cumplimiento, puntual y exacto, lealtad a la palabra o a la firma. Requisito exigido en un acto o contrato. Trámite o procedimiento en un acto público o en una causa o expediente. Seriedad o compostura".

Sigue diciendo: "En la principal de las acepciones jurídicas, formalidad coincide casi plenamente con el más interesante de los significados que para el derecho posee la palabra forma, en cuanto a las descripciones de la ley que se refieren tanto a las condiciones como a los términos y expresiones que deben observarse al tiempo de la formación de un acto jurídico".

En cuanto a lo que se refiere a la palabra fórmula es "la manera establecida para explicar, pedir, ejercitar o resolver con palabras estrictamente determinadas una cuestión, proposición, cláusula o convenio para arreglo, avenencia o transacción de algún negocio".

" Como diminutivo de forma, en el derecho romano la fórmula en la

época de procedimiento denominado por ello sistema formulario la constituirían las palabras que designaba el pretor para el ejercicio de las acciones. Quién pretendía entablar un litigio, se presentaba ante el pretor para que este, según la naturaleza de la pretensión o la causa, le indicase la fórmula o palabras de que debía usar sílaba por sílaba, hasta el punto de exponerse a que su demanda se volviese ineficaz si incurría en error u omisión " (obra citada, pag. 216).

Entonces diremos que la forma es el conjunto de elementos de carácter externo que deben observarse en relación con un acto jurídico, para que tengan una existencia perfecta. Es la serie de circunstancias y requisitos de acuerdo con los cuales deberá celebrarse un acto jurídico. Se puede identificar los términos forma y formalidad, la que tendrá el carácter de solemnidad, según se sancione su ausencia, con la inexistencia del acto. De acuerdo con nuestros objetivos principales que persigue esta forma y el papel que juegue en la relación con el acto jurídico, podrá efectuarse la anterior clasificación. Puede exigirse para la existencia del acto, o bien para que el acto valga y surta la plenitud de sus efectos, o bien, para dar a conocer a terceros la celebración de un acto jurídico, como medio de publicidad.

Una vez que ya hemos dado una visión muy general del aspecto formalidad, de los actos jurídicos en general, ahora nuestra siguiente tarea será aplicar estos conceptos a la materia testamentaria como lo anticipamos anteriormente.

2.- Formas exigidas para los testamentos en general.

Desde sus orígenes, el testamento se haya rodeado de innumerables formalidades por imposición de la ley, de una serie de requisitos a los que se debe obedecer necesariamente el testador al otorgar su testamento.

En materia testamentaria, la forma juega un papel importante, al extremo de que es la circunstancia que determina las formas de otorgar testamento y su clasificación.

En éste orden de ideas, desde el punto de vista formal - siguiendo las ideas de Gutiérrez y González (obra citada, pag. 582 y sigs.) y Antonio de Ibarrola (obra citada, pag. 672 - 677)

nuestra legislación divide los testamentos en ordinarios y especiales, la subclasificación que parte de la anterior clasificación nos dá diferentes "formas" de otorgar testamento, exigiendo requisitos especiales a cada uno de ellos. La primera y fundamental formalidad requerida por cualquiera de los diversos tipos de testamento que reconoce nuestro Código Civil, es la redacción por escrito de las disposiciones testamentarias; formalidad que persigue proporcionar certeza en cuanto al otorgamiento de él y a las disposiciones en él contenidas, para cumplir fielmente la última voluntad del autor de la sucesión. La importancia que reviste, la forma escrita es de acuerdo con el tipo de testamento de que se trate, así tal requisito se encuentra en algunos casos, sobre todo de los llamados especiales, casi dispensada, pero en el testamento ológrafo es

de carácter esencial, dado que este testamento es de puño y letra del testador, hay sobrada razón para que tenga el carácter de solemne, ya que al no escribirlo el propio testador será inexistente.

a) Presencia de testigos.

(ideas tomadas de Rojina Villegas, obra citada, pags. 367 y sigs. y Antonio de Ibarrola, obra citada, pags. 683 y sigs.)

Otra formalidad general a cualquier tipo de testamento es la consistente en el requisito de la presencia de testigos al acto de otorgamiento del testamento. El fin que persigue la institución testamentaria, es garantizar la autenticidad de la última voluntad del testador tanto en su expresión como en sus términos. Esta presencia de testigos no puede tener el mismo valor en un testamento público abierto, por ejemplo, como la que tendría en el caso del testamento privado, dado que las otras formalidades exigidas por el mismo acto pueden alcanzar ése fin de garantía de la veracidad del acto celebrado, como es en el caso del testamento público abierto ya citado, el requisito de la intervención de un notario público y la fé de que goza éste es superior y preferente, aún en el aspecto probatorio de la existencia del acto jurídico, que la de una persona común y corriente. Situación diferente en el testamento privado, ya que para conocer la autenticidad del testamento otorgado y sus alcances, sólo basta con acudir al testimonio de las personas que estuvieron presentes en su otorgamiento, que es el único con

el que se cuenta, resultando, consecuentemente que constituye el único medio con que podría contarse para lograr la verificación de la expresión de la última voluntad de una persona y con base en ella, hacer cumplir la voluntad plasmada en el testamento.

b) El depósito.

Otra formalidad para el testamento público cerrado y el ológrafo es su depósito ante el registro público de la propiedad y del comercio, así como la posterior sanción judicial para obtener la declaración de formal testamento en el ológrafo o en el testamento privado cerrado, decretar su publicación y protocolización, revistiendo el carácter de forma solemne. En el testamento privado la declaración de los testigos ante el juez; su remisión a la secretaría correspondiente cuando se trate del testamento militar ó el hecho en país extranjero, para que ésta autoridad la remita al juez competente ó para el caso del testamento también privado de que se haga la solicitud al juez de lo familiar sea declarado formal el testamento en jurisdicción voluntaria, previa declaración de los testigos que presenciaron el acto testamentario.

Una formalidad común a los testamentos públicos es la intervención del Notario Público; en el testamento público abierto, en su otorgamiento, declarando su última voluntad el testador ante dicho funcionario el cual se encargará de redactarlo ante la presencia de los testigos; en el testamento público cerrado el funcionario sólo dará fé del otorgamiento del

testamento con base en el documento que el testador le presenta y le hace saber que dentro del sobre se contiene su testamento, igualmente ante la presencia de los testigos. Sobre este último testamento el notario no dá fé del contenido del testamento, sino sólo de que el testador le presentó un sobre cerrado en donde dice contiene su testamento.

Este tipo de testamento se presta inclusive hasta para dar crédito a un chiste de no muy buen gusto, en el cual se dice que una vez fallecida una persona y que previa investigación de que si había o no otorgado testamento, resultó que había otorgado testamento público cerrado, comparecieron, hecha la citación que se hizo a los familiares más cercanos del finado para que se les diera a conocer el contenido del testamento. En vida el finado había intencionalmente mencionado a quienes instituiría herederos, presentándose las personas a la fecha y hora y todos ávidos de saber lo que les había dejado el difundo, y al proceder abrir el sobre, todos con ansias y con los ojos desorbitados, esperaban escuchar sus nombres, ya que la masa hereditaria era considerable, el contenido de la hoja extraída del sobre decía: "Tomen su testamento".

Otra formalidad que reviste especial importancia, es la consistente en acentar el lugar, hora, día, mes y año en que el acto se celebra, dado que, en el caso de que se hubieran otorgado diversos testamentos, éste será la clave determinante que nos permitirá conocer cual es la última voluntad expresada, misma que deberá atenderse y no las otorgadas anteriormente.

c) Firma de los intervinientes.

También tenemos la exigencia de que todos los tipos de testamento sean firmados en el caso del ológrafo firmando todas y cada una de las hojas, tal exigencia también se presenta en el caso de que el testamento privado pueda ser redactado por escrito. También se requiere en el caso de todos los testamentos ordinarios, que se encuentren debidamente sellados y la naturaleza de éste es determinada por nuestro Código Civil, como de carácter esencial, ya que sanciona la ruptura de dichos sellos con la ineficacia del testamento, aún cuando el contenido no se encuentre viciado. Las formalidades ya citadas, en determinados casos podrán tener sólo el carácter de formas de reafirmación y no esenciales, y en consecuencia permitirán en un momento dado que el acto surta sus efectos, cuando a través de las otras formalidades que caracterizan en su esencia al testamento de que se trate se logre conocer fiel y auténticamente las últimas disposiciones del finado. Me detendré a analizar un poco algunas consideraciones sobre aspectos importantes en la redacción de los testamentos en general, y en lo que no coincida el testamento privado con el público haré mención de tal situación.

Trataremos lo referente a: La redacción por escrito, la presencia de testigos idóneos, la intervención del notario público, la expresión de la voluntad clara y terminantemente, el asentamiento de la fecha en la forma adecuada, la firma de los que intervienen y la continuidad del acto que significa que dicho acto no debe

ser interrumpido por ninguna causa, externa y ajena al acto testamentario.

Propiamente, la continuidad del acto o también llamada unidad del acto testamentario exigido por el artículo 1519 del Código Civil, consiste en que no se mezclen en el testamento actos diversos a su objeto, como podría ser la celebración de un contrato entre el testador con algún testigo o con cualquier otra persona. No debe entenderse que se falta a la continuidad del acto, cuando por gravedad del otorgante o cualquier otra causa urgente ya sea por parte del notario o de alguno de los testigos se suspende momentáneamente el otorgamiento del testamento y después vuelven para continuar. Ante esta u otra situación similar, la Corte atinadamente ha sostenido que: "La circunstancia de que los testigos hayan firmado un testamento en la pieza contigua a la que tuvo verificativo aquel; no es causa de nulidad del mismo, fundándose en que con ellos se rompe la unidad del acto, por que tal hecho no afecta de modo esencial la voluntad del testador hecha constar en el testamento contenido, pues la ley al hablar de la unidad del acto, se refiere, como es natural, a lo que es esencial, esto es, a que la expresión de la voluntad del testador no se haga en distintos momentos".

(González de Lope de León, Carmén, Semanario Judicial, pág. 742 Tomo LVIII-17 octubre, 1938).

Claro que sería grave distraer la voluntad del testador, obligándola a ocuparse de actos distintos en el momento en que esté dictando sus disposiciones testamentarias.

Tratemos de determinar la verdadera naturaleza de cada una de las formalidades establecidas y los efectos que su ausencia produce, así como si las formalidades exigidas son adecuada en la actualidad, si es posible la eliminación de alguna de ellas a efecto de determinar la importancia que para el acto testamentario reviste y por ello, su calidad de formas formales o solemnes.

d) Redacción por escrito.

Tratándose de un testamento ordinario (siguiendo las ideas de Gutiérrez y González en "EL PATRIMONIO" pags. 583 - 590) la redacción por escrito es esencial como el testamento público abierto, el notario deberá proceder a escribir las disposiciones y deseos de última voluntad redactándolas en cláusulas, sujetándose éstas a los deseos del testador es decir, sin mayor formalidad, con que sea clara la disposición.

Es de carácter solemne la forma escrita en los testamentos ordinarios, pues es esencial a ésta clase específica de disposiciones de última voluntad, ya que será el instrumento mediante el cual podrá conocerse la misma, así como los términos en que se efectuó. Lo contrario sucede con el testamento privado en que dadas las condiciones en que se hace el otorgante, al ser atacado por una enfermedad tan grave y violenta que no da tiempo para que concurren notario y otros casos contemplados en el artículo 1565 del Código Civil, en el cual no exige que se haga por escrito, y aún más reduce de cinco a tres testigos, en los

casos de suma urgencia.

En los testamento ordinarios la formalidad de la redacción por escrito hace que el testador exprese su voluntad libre y reflexiva, pues sabemos que aún en casos específicos gozando de todas sus facultades, puede proceder en forma inconsiderada y en el caso especial del testamento público abierto es frecuente que el testador se encuentre disminuido en sus facultades y se deje llevar, cediendo a pedidos de las personas que se encuentran a su alrededor así como afirmaciones verbales cuyas consecuencias no mide. La obligación de dictar su voluntad a un notario que la transcribe le evitará tomar decisiones irreflexivas o inconcientes. También con la redacción por escrito el juez podrá conocer fácilmente la voluntad real y verdadera del de cujus.

Es un elemento esencial, de existencia del que conste por escrito el testamento ordinario y no únicamente es una forma de prueba; se establece ad solemnitatem y no ad probationem. En el testamento privado la redacción por escrito ni es elemento de existencia ni requisito de validez conforme al artículo 1568 del Código Civil que dice: "No será necesario redactar por escrito el testamento cuando ninguno de los testigos sepa escribir y en los casos de suma urgencia".

En el testamento ordinario se exige que la voluntad del acto conste por escrito con el fin de conseguir la certidumbre de la voluntad testamentaria, eliminando las incertidumbres que surgirían inevitablemente si se admitieran la prueba testimonial o las presunciones. El que conste por escrito radica

fundamentalmente en que la voluntad testamentaria no puede ser buscada fuera del documento. Sin embargo, se admite, que se pueda recurrir a pruebas extrínsecas para aclarar o interpretar la voluntad que se haya dudosa y la ley incluso admite que se pueda corregir un error en la manifestación de voluntad.

En cuanto a lo que hace la intervención del Notario Público al otorgamiento del testamento, es la particularidad que determina en su clasificación en testamento público abierto, dado que el carácter de público lo determina tal intervención del funcionario, investido de fé pública; con base a esta idea consideramos que se trata de una forma solemne. A continuación trataremos de precisar que es el notario y que la fé pública y una vez hecho ésta estableceremos la graduación que debe atribuirse a cada una de las formas características del testamento público abierto comparándolo con el testamento privado en su otorgamiento.

En el testamento público abierto, el notario es la persona ante quien, el autor de la sucesión dicta sus últimas disposiciones, el propio notario redactará tales disposiciones de última voluntad, no debiendo apartarse de los deseos del testador en el instrumento público que autoriza, dando fé de su otorgamiento, con la finalidad de garantizar la autenticidad del acto y sus términos dando con ello seguridad al testador de que su última voluntad será fielmente cumplida, teniendo como punto de partida el testamento, debiéndose ajustarse necesariamente en su cumplimiento.

Redactará el testamento que será el instrumento mediante el cual los deseos del testador serán canalizados y a través de él, con entera libertad dispondrá de su patrimonio a favor de la persona que él desee.

El Notario es la persona ante quien el autor de la sucesión expresa su última voluntad, con la seguridad de que la ley no lo puede obligar a que sus bienes pasen a manos de personas que el testador no desee, o que no cuenten con su afecto, estimación o confianza, o que en vida de él hayan significado una carga, sin embargo, sino contara con la institución testamentaria, por esas disposiciones legales que no entran en el ámbito de los sentimientos humanos como ingratitud, indiferencia, se hayaria obligado o constreñido a beneficiar a personas sin merecimiento alguno. Al saber que cuenta con ese medio que lo hace liberarse de tales imposiciones y haciendo uso de él, externa su última voluntad ante la persona legalmente autorizada para ello, como lo es el Notario.

Antes de tratar de precisar qué es el notario, diremos que en el testamento privado, dado que se otorga en condiciones tan especiales, por ello que se han dado en llamarlo los testamentos privilegiados, no se requier ni la presencia del notario, ni que sea por escrito y aún más, reduce a tres testigos de los cinco que un principio exige para los casos de "suma urgencia". El legislador preocupado porque en la vida de las personas pueden presentarse situaciones que pudieran poner en peligro inminente de perder la vida y que dada ésta situación pudiera fallecer sin

haber otorgado testamento, es por lo que dá un máximo de facilidades para su otorgamiento.

Es incuestionable que para que se otorgue éste tipo de testamento deben observarse fielmente las exigencias, aún cuando son mínimas

para la plena validez del mismo, porque si bien es cierto que la ley dá amplias facilidades a quienes se hayan dentro de los supuestos previstos por el legislador, no debemos pasar por alto el cumplimiento de algunos de ellos o siquiera alguno, pues tanto el juez de los familiar, como el Ministerio Público adscrito a tal juzgado de lo familiar, deberán tener especial cuidado de cerciorarse de la idoneidad de los testigos y practicar preguntas que conduzcan a su pleno convencimiento de que no existe en los testigos falsedad en sus testimonios.

Dado que en este tipo de testamento no se requiere la presencia de notario, se debe poner especial cuidado por los interesados, juez que actúa en la formalización del testamento mediante la jurisdicción voluntaria y el Ministerio Público adscrito a tal juzgado, en examinar a los testigos y ningún aspecto por insignificante que parezca será inútil para llegar a la verdad, y los testigos deberán declarar circunstanciadamente de varios aspectos inherentes al momento en que se otorgó el testamento de referencia, tanto de las condiciones físicas como psicológicas en que se encontraba el testador, así como aspectos del tiempo y lugar de tal otorgamiento. Sobre este y otros aspectos importantes quedebonobservarse, los detallaremos en el capítulo

siguiente.

e) Intervención de Notario Público.

Ahora sí cabe preguntarnos ¿Qué es el notario? ¿ Es sólo la persona que ayuda a ver cumplidos los deseos del testador de que se transmita su patrimonio a las personas que él desee ? no, es más.

Al respecto el maestro Don Manuel Borja Soriano en su obra Teoría General de las Obligaciones (pág. 234) Segunda Edición. Editorial Porrúa, S. A., México 1953, dice: "Es el funcionario investido de fé pública para hacer constar los actos y hechos jurídicos a los que los interesados deban o quieran dar autenticidad conforme a las leyes, y autorizado para intervenir en la formación de tales actos o hechos jurídicos, revistiéndolos de solemnidad y formas legales".

"El notario es a la vez profesional del derecho que ilustra a las partes en materia jurídica, que les explica el valor y consecuencias legales de los actos que vayan a otorgar y del contenido de las escrituras cuando así proceda según la ley que redacte los instrumentos, que resuelva consultas jurídicas..."

Sigue diciendo el citado autor que ante el notario concurren los particulares para expresarle su voluntad que a menudo lo hacen en términos deficientes, inexactos o atropellados y que corresponden a dicho profesional interpretar y redactar el documentos fielmente a la voluntad del compareciente, conforme a su exposición, clasificará el acto que el o los interesados quieran

celebrar.

Sobre el mismo particular el "Diccionario de Derecho Usual" (obra citada, pág. 39 - 40) vol. III del maestro Cabanellas define al notario como un "funcionario público autorizado para dar fé, conforme a las leyes de los contratos y demás actos extrajudiciales" (art. 1° de la Ley Esp. del Notariado).

Sigue diciendo el Maestro Cabanella en su "Diccionario de Derecho Usual" (pág. 39-40) vol. III, "Entre éstos últimos deben destacarse los testamento, para el otorgamiento de los cuales son tan requeridos los notarios".

"Notario como se dice en España y Francia entre otros países, es el antiguo escribano, arcaísmo ya, mantenido en la Argentina; y que en España quedó reservado para los fedatarios judiciales, luego denominados secretarios".

Sigue agregando "Notario, sin otra adición, se le ha llamado también a los que daban fé en los asuntos aclesiásticos. En lo antiguo era así mismo el que escribía abreviadamente, como predecesor de los modernos taquígrafos. La voz equivale también a amanuense, pero su uso en ésta acepción tiende a excluir por ser justamente los amanuenses los empleados del notario, del fedatario". "El vocablo procede, como la mayoría de los jurídicos del latín, de nota con el significado de título, escritura o cifra y esto porque en lo antiguo escribían en cifra o con observaciones los contratos y demás actos pasados ante ellos o bien porque los instrumentos en que intervenían los notarios los autorizaban con su cifra, signo o sello, como en la actualidad".

"La función ha sido conocida desde la antigüedad más remota. En Egipto recibieron el nombre de agorónomos; en Grecia los de síngrafos y apógrafos; en Roma los de cartularios, tabularios, escribas y el mismo de notario ya. En el senado Romano, el notario era una especie de taquígrafo que, valiéndose de ciertas abreviaturas y muy ágil de mano, podía recoger los discursos de los padres de la patria".

"Al respecto Jiménez Arnau -citado por el propio Cabanellas, pag. 40- dice que " como ejercicio funcional, el notario constituye, según la opinión dominante, ejemplo preciso de ejercicio privado de funciones públicas por un profesional, no un servidor del Estado ".

Continúa agregando que "la preeminencia de la fé extrajudicial pública se comprueba en que las potestades superiores o más poderosas la han reivindicado para sí o han establecido que por delegación o en nombre de ellas se ejerce. Fueron notarios los primeros obispos. Los reyes medievales se tenían por depositarios supremos de la fé pública, al punto de que el testamento otorgado en su presencia no necesitaba ningún otro requisito que el de manifestar la voluntad. Todavía el ministro de justicia, en diversos países, es el notario mayor de la nación".

" El antecedente del notario que actualmente tenemos lo encontramos -citado en la tesis profesional, ya citada, pag. 92 a 94- en un estudio completo y pormenorizado que realiza el Licenciado Luis Carral y de Teresa (obra citada, págs. 10- 65)

señala que cuando entre los individuos tuvieron necesidad de realizar relaciones económicas o de manera inconcientes actos jurídicos de los que enfrentaban derechos y obligaciones. En un principio serían trueques en el cual la mercancía era sencilla, se entregaba instantáneamente uno de otro y quedaba realizada la operación, es lógico que en estos casos no fue necesario un notario o persona que interviniera para prestar a las relaciones existentes ".

"Cuando los hombres necesitaban alguien que les proporcionara seguridad en sus transacciones, ese alguien tuvieron que buscarlos entre las personas con conocimientos en escritura, pues antaño muy contadas personas, casi sólo los frailes, sabían escribir y con experiencia en la contratación, así como ejemplaridad en su conducta".

" Pero si es verdad que no la escrupulosa selección de la persona que habría de intervenir en la redacción de los contratos se logró o por lo menos se buscó la perfección de documentos; al poco tiempo se notó que lo era insuficiente, pues otro peligro consistía en la posibilidad de la alteración de documentos con la intención de variar los derechos de una u otra parte, existiendo el peligro todavía mayor, de la destrucción total del mismo documento. La existencia, pues, de que el acto constara por escrito fue la primordial, ya que le da al acto una característica de perdurabilidad que es el primer paso hacia la seguridad; pero resultando que si el documento queda únicamente en manos de las partes, éste podría alterarlo en su beneficio o

destruirlo, entonces se penso en expedir copias iguales para que quedarán en poder de cada parte. Más tarde, con el sistema A B C se expidió una copia más para que quedarán en poder del que había intervenido como escribano y como eso todavía era insuficiente para llenar las necesidades de las transacciones, se penso en la posibles reproducción de las copias ".

"Quién, si no un notario puede hacer un documento humanamente perfecto, conservarlo y reproducirlo, garantizando a todas las partes que intervienen en el acto la protección de sus derechos?. Hasta aquí estamos en presencia del notario protector y conservador del documento".

"Si el Estado no hace posible que el particular pueda ejercitar su actividad con medios de seguridad que le permitan lograr el fin que persigue, no se puede decir que ha llenado su función. Si pudiera dudarse de la existencia de la legalidad o bien de la integridad del contenido de una ley, de una sentencia, o de un contrato, no se podría vivir en sociedad. Si alguien es condenado, será porque existen un ley que funda un fallo y porque este ha sido dado por un juez competente, y porque este juez ha tenido a la vista un contrato cuya autenticidad no pudo ponerse en duda. Es pues, la autenticidad de las cosas que proporciona la seguridad de las transacciones. De ahí que se imponga, la creación de órganos y conceptos - como el de fé pública - que permite que los particulares puedan vivir tranquilos y fiados y cuando de las relaciones entre particulares se trata se hace indispensable que ése órgano redacte el documentos, que se

instruya a los particulares, y al mismo tiempo que preste autenticidad a los actos por él autorizados".

"....Para organizar este sistema de seguridad se hace indispensable dictar un conjunto de leyes adjetivas que regulan la función, y si estas reglas rigen a todos los funcionarios individual y colectivamente se concluye que el Estado ha organizado un verdadero cuerpo de autenticadores. A tal conjunto así como a las normas jurídicas que lo rigen el sistema mismo que resulta se le llama Notariado. Al funcionario que interviene en la autenticación se le llama Notario, y el documento autorizado por el notario toma el nombre de instrumento público". "Los autores dicen que en Roma no son los notarios sino los jueces los que dan fe pública y fuerza probatoria a los actos, de lo que concluye que el notario romano es más profesional que funcionario, lo que no impide que la institución tenga ya en esa época ciertas características de especialidad que la distinguen de otros y la acercan al concepto de notario actual".

"Edad media.- Se afirma que en todos los países europeos se nota una tendencia encaminada a que los escribanos refuercen sus papeles de fedatarios y aunque es difícil para los autores precisar la historia del notario en esta época, es indudable que va en aumento el prestigio del instrumentum extendido y suscrito por notario, pues ya en el siglo XIII aparece el notario como representante de la fe pública...." "En lo que se refiere a nuestro país, el mismo autor nos hace la siguiente relación de antecedentes a la legislación vigente. Así encontramos que en

la Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del distrito Federal de 1867 existían las siguientes definiciones: notario es el funcionario que reduce a instrumento público los actos, contratos y últimas voluntades. Actuario es la persona destinada para autorizar los decretos de los jueces arbitros y arbitradores. Ambas funciones son compatibles entre sí. Siendo atribución exclusiva de los notarios la de autorizar en sus protocolos toda clase de instrumentos públicos".

La ley de de 1901 que entró en vigor el 10. de enero de 1902, "obliga a que el notario actúe asistido de testigos instrumentales, creando los aspirantes adscritos a los notarios para que sustituyan a los testigos, aunque sin excluir a éstos absolutamente el adscrito (de esa manera, hace el papel de un testigo calificado) determina los impedimentos y deberes del notario y obliga a que el protocolo sea llevado en libros sólidamente empastados, certificados al principio y al igual, y que puedan llegar hasta cinco debiendo usarse cronológicamente y sin interrupción. También obliga a llevar un libro llamado de extractos y fijar reglas para ciertos instrumentos, como son protestos, notificaciones, protocolizaciones, etc., pero no distingue entre acta, que contiene un hecho jurídico y escritura que contiene un acto jurídico.

La ley del notariado de 1901 fue derogada por la del 9 de enero de 1932 y dice que la función notarial es de orden público que tiene fé pública y su nombramiento sólo puede provenir del Estado. Dicha ley define al notario como: "El funcionario que

tiene fé pública para hacer constar los actos y hechos a los que los interesados deben o quieren dar autenticidad conforme a las leyes" (tesis citada, pags. de 92 a 94).

"Dicha ley tiene la particularidad de que distingue cuando estamos en presencia de un instrumento escritura y el instrumento acta que se basa en la diferencia del contenido, pues en el instrumento escritura es un negocio jurídico o acto jurídico y en el instrumento acta su contenido es un hecho jurídico el que se plasma".

Entre nosotros, solo el Estado puede otorgar una patente a un profesional del derecho para ejercer como notario público. No podemos pensar que existan notarios privados como sucede en los países anglosajones, que por su calidad produce sólo documentos privados. Si bien es cierto que el notario colabora en la redacción de un documento, su intervención no lo hace auténtico, ni menos solemne, pues la autenticidad no se refiere al contenido, sino sólo a las firmas. No se puede válidamente pensar que la elaboración de los documentos sólo el notario los puede efectuar, o sea mejor dicho; los actos jurídicos que celebran las partes no necesariamente deben llevarlo a cabo con la intervención del notario, pues tal acto jurídico será plenamente valido, entre las partes teniendo en todo caso la calidad de documento privado, y en este caso el acto jurídico que se realice sin la intervención del notario o funcionario público facultado para ello será plenamente válido, pero en cuanto a la fecha de celebración, será de fecha incierta, es

decir, que no se tendrá la que aparece en el documento por razones obvias y el acto jurídico que conste en documento privado, sólo tendrá validez entre las partes contratantes. Consecuentemente, la intervención del notario público en los negocios jurídicos es para elevarlo a instrumento público, dado que la firma y sello del notario paraliza la acción penal de falsedad de firmas del documento, salvo prueba en contrario. De aquí concluimos que el notario no monopoliza la celebración de actos jurídicos, sino sólo en lo que se refiere a darles la calidad de documento público, pero esta por otros medios probar la celebración del acto jurídico en cuanto a todo lo pactado, incluyendo la fecha y darle la calidad de documento público sin que intevenga el notario necesariamente.

El notario es un funcionario público, porque por delegación el Estado encomienda al notario el poder de dar fé; pero si a esose limitara, se convertiría en un mecánico autenticador solamente ó en el mejor de los casos en un amanuense oficial del Estado, sin más facultad que oponerse a intervenir en actos contra las leyes. Si el notario no es profesional del derecho, se degrada su función, dado que debe ser perito en el derecho, porque los actos en que va a intervenir así lo exigen.

" Castán Tabeñas, dice Luis Carral y de Teresa en su obra citada pág. 90, que la función del notario como profesional del derecho, tiene tres aspectos a saber:

- 1.- FUNCION DIRECTIVA: En que aconseja, asesora, instruye como perito en derecho y concilia y coordina voluntades.

- 2.- FUNCIÓN MOLDEADORA: El notario modela el acto jurídico, dotándolo de forma legal. Para ello, califica la naturaleza y legalidad del acto; admite éste a su intervención al tenerse requerido por las partes, o bien lo realiza, si la calificación es adversa, y por fin los redacta. Esta función de redacción, la ejerce con entera libertad, sin más condición o limitación que la de no traicionar la voluntad de las partes dentro de las normas del derecho y observando las prescripciones de la ley del notario, y
- 3.- FUNCIÓN AUTENTIFICADORA: Es ésta la de mayor trascendencia pública. Consiste en investir los actos notariales de una presunción de veracidad que los hace aptos para imponerse por sí mismos en las relaciones jurídicas para ser impuestos por el poder coactivo del Estado " (tesis citada, pag. 95).

Es funcionario público el notario por la fé de que esta investido y por disciplina al Estado, aunque no significa que pertenezca a la administración del mismo, tampoco se opone a que esté como custodio del protocolo, a leyes administrativas, tampoco le es aplicable el concepto de servicio administrativo, dado que ejerce una función exclusiva, sin interdependencia burocrática. Generalmente el funcionario público defiende los intereses del Estado, no sucede así con el notario, que defiende los intereses de los particulares y la responsabilidad de sus actos no involucra al Estado, sino al notario. Los particulares no están obligados a someterse a determinado notario, sino que elige al

que le merece más confianza o le cobra más barato.

El notario puede intervenir en casi todo el campo extrajudicial, teniendo como misión el presidir las relaciones contractuales, así como los hechos o declaraciones reproducidos voluntariamente ante su presencia.

Otras características de la función notarial son: mediante los actos o hechos jurídicos celebrados con la intervención del notario, se da seguridad a los interesados, dadas las facultades que tiene por la ley. También con la intervención del notario en la celebración del acto o hecho jurídico, el documento adquiere fuerza legal, eficacia para producir efectos de derecho, osea, un valor jurídico, tanto frente a terceros como en el mundo territorialmente, por el que se ha pugnado. No debemos confundir el valor jurídico, con la validéz del documento y la validéz del negocio jurídico. Porque la validéz del documento y del negocio implica variabilidad, en cambio el valor es la eficacia que otorga la ley con la intervención del notario tanto entre partes, como frente a terceras personas.

En cuanto a la permanencia se relaciona con el factor tiempo, el documento notarial nace para proyectarse hacia el futuro, pues un documento privado puede perecer por muchos medios y un documento público es difícil que ésto suceda, porque existen otras dependencias donde deben guardarse y sería difícil que pereciera a la vez. El instrumento público es el que produce el notario en sus funciones dadas legalmente.

La ley del notariado dice que la escritura es el instrumento que

contiene un acto jurídico y el acto notarial es el instrumento que contiene declaraciones de voluntad, manifestaciones de consentimiento, contratos y otros actos jurídicos.

Generalmente la escrituración debe ser: con la comparencia, la exposición, las estipulaciones, el otorgamiento y la autorización; y la del acta: el requerimiento, la narración del hecho y la autorización.

"Por cuanto a los efectos, dice Cabanellas (obra citada, pág. 40) Vol. III, los instrumentos públicos pueden ser: Probatorios, formales, ejecutivos y registrales".

"Efectos probatorios.- Debemos saber que no todas las menciones contenidas en una escritura tienen el mismo valor, por ejemplo:

1a. Aservaciones del notario que le consta por sus sentidos "de visu aut audita" son aquellas menciones que asevera el notario que ejecuta ya sea el mismo o que se desarrollan en su presencia por virtud de sus funciones. Solo demostrando la falsedad del instrumento, pueden desconocerse tales aservaciones hechas por el notario.

2a. Declaraciones de las partes. Aquellas que hacen las partes en presencia del notario. Son verdad intrínseca, que hacen prueba plena, salvo que se compruebe lo contrario, es decir es una presunción iuris tantum. No implica nunca falsedad. La ley del notariado regula el alcance probatorio y el grado de autenticidad que la ley otorga al instrumento público autorizado por el notario público en razón de sus funciones (artículo 75). "

"Efectos formales.- Estamos tratando el instrumento público (contenente) y no del acto jurídico (contenido). La Ley del notariado en su artículo 79 establece los casos en que la escritura o el acta será nula, culmina diciendo el precepto legal que "fuera de los casos determinados en éste artículo el instrumento no es nulo, aún cuando el notario infractor de algún principio legal quede sujeto a la responsabilidad que en derecho proceda".

Existen casos de nulidad un tanto especial, como en el caso de los actos solemnes que trata el artículo 1520 del Código Civil que establece que el testamento será inexistente, en este caso por tratarse de acto solemne, si el testamento es inexistente, lo es también el instrumento, dado que se trata de un caso de forma de ser.

Procede hacernos ésta pregunta, si la escritura es nula ¿es nulo el acto que contiene?, trataremos de contentarla.

1a. El acto es solemne, forma de ser. El acto puede ser solemne, por precepto legal o por voluntad de las partes que así lo pactaran como condición de existencia. En consecuencia, si la escritura es nula, será inexistente el acto.

2a. La ley exige la forma no para la existencia del acto, sino para la plena validez, concederle efectos probatorios plenos (forma de valer). Se trata de nulidad relativa que puede ser purgada por confirmación. Si la escritura es nula, el acto es relativamente nulo, pero si está firmado, cualquiera

de las partes puede obligar a la otra a que se le dé la forma requerida, pero, no es obstáculo para que el acto exista.

3a. Si se escogió la forma libremente, pero no porque la ley o algún pacto obligara a las partes a ello. Si la escritura es nula, el acto no es nulo, sino que existe como contrato privado si aquella esta firmada por ambas partes.

Por cuanto a los efectos ejecutivos, se encuentran contenidos en los artículos 443 fracción I, III y VIII, 462 y 468 del Código de Procedimientos Civiles.

Para que podamos determinar la naturaleza jurídica de la formalidad exigida por la ley, para los testamentos públicos abiertos que existen en la intervención del notario público, es preciso que nos refiramos a un concepto inherente y asencial en la actuación del notario y que es la fé pública de que se haya investido tal funcionario.

f) Fé pública.

Por su parte el maestro Cabanellas (obra citada, pág. 182) Vol. II, dice que es "veracidad, confianza o autoridad legitima atribuida a notarios, secretarios judiciales, escribanos, agentes de cambio y bolsa, cónsules y otros funcionarios públicos o empleados representantes de establecimientos de igual indole, acerca de los hechos, actos y contratos realizados ó producidos en su presencia, y que se tienen por auténticos y con fuerza probatoria mientras no se demuestre su falsedad. Hay una

expresión laudatoria de esa prerrogativa inscrita en una medalla peculiar que ostenta: nihil prius fide que significa nada antes que la fé ".

El notario está obligado a intervenir como tal cuando así se le requiera y si se niega sin causa justa incurre en responsabilidad. Agrega Cabanellas (obra citada, pag. 182, Vol. II) "La fé notarial es auténtica en la provincia en la que reside y para extenderse a otras provincias, la firma del fedatario debe ser legalizada por otros dos notarios del mismo partido o por el visto bueno del juez de Primera Instancia".

Sobre este tema tan importante nos permitimos transcribir al Lic. Corral y de Teresa -citado en la tesis profesional ya citada, pag. 98- que lo trata en forma amplia y sencilla.

" En el caso de la fé pública no estamos en presencia de un acto subjetivo de fé, sino de afirmaciones que objetivamente estamos obligados a aceptar como verdaderas los miembros de la sociedad civil, en acatamiento de los preceptos legales que así lo ordenan".

" En realidad, todo el sistema de la fé pública se tuvo que crear, dado el número y la complejidad de las relaciones jurídicas que la mayoría de los ciudadanos no pueden presenciar; y los actos necesitan ser creídos para ser aceptados. Por eso, ciertos negocios jurídicos deben ser investidos de fé pública; que se impone por el otorgamiento de un poder jurídico con efectos de fehcencia. Así, se ideó el sistema de investir a una persona de una función autenticadora;

de modo que al expedir un documento pudiera decirse que estaba presente el Estado mismo, puesto que en nombre de él actúa. De simple creencia, el concepto de fé pública se convirtió en una necesidad de carácter jurídico, que nos obliga a estimar como auténticos los hechos o actos a ella sometidos, es una verdad oficial que todos están obligados a creer".

"Fundamento de la fé. Todo acto de asentamiento tiene fuentes: la evidencia y la fé... Evidencia. Un hecho es evidente cuando ésta presenta a nuestro conocer directo, por la vista (videncia) como tenemos la vidente de la realidad percibida, podemos formular un juicio de razón por su evidencia. Ante el hecho presente, el asentamiento es acto de conocimiento, porque el hecho u objeto se revela a sí mismo; por lo que no tiene que intervenir la voluntad".

"Fé. A veces se asiente a un objeto o un hecho a pesar de no ser evidente. Este es el caso del acto de fé. como aquí el hecho o el objeto cognoscible no revela a sí mismo por su presencia, sino que está elejado sea por el espacio o por el tiempo, nuestro sentimiento ya no se impone por un acto de conocimiento; ha de ser acto de voluntad; pues no revelándose directa y necesariamente el objeto mismo por su presencia, algo ajeno por completo al objeto y al sujeto, debe inclinar y vencer la voluntad a verificar necesariamente el acto de asentamiento".

"Ese algo, extrínseco, al margen del objeto cognoscible y del sujeto que ha de conocerlo; ese algo que arranca el asentamiento a un objeto o hecho no evidente (no presente), se llama

autoridad. La clase y origen de esa autoridad nos dará el grado de poder persuasivo o imperativo de su declaración o de su narración". Sigue diciendo:

" I. Noción de la fé pública. Según el origen de la autoridad la fé es religiosa o humana. La religiosa es la que proviene de la autoridad de Dios que ha revelado algo a los hombres. La humana proviene de afirmaciones hechas por el hombre".

" Si la fé humana proviene de una autoridad privada, es decir, común, se le llama fé privada. A esa clase pertenecen los documentos privados, osea, firmados por particulares, y que no tienen nada de fé pública si no son reconocidos legalmente ante alguna autoridad. Si el documento, por el contrario, proviene de o es emitido por una autoridad pública, estamos en presencia de un documento público y por lo tanto es un caso de asentamiento que tiene aparejada la fé pública".

Dos características de la fé pública notarial: -sigue agragando-.

"Dice González Palomino, que si se considera al notario como testigo, queda vulnerable a los ataques que justificadamente se dirigen contra el valor del testimonio humano del cual el caso del notario sería uno cualquiera. Si así fuera, el testimonio del notario estaría afecto a todas las tachas, limitaciones, errores, etc. de cualquier otro testimonio".

" Pero es así que el testimonio del notario tiene características que lo distinguen de un testimonio vulgar: 1o. Es un testimonio rogado, y 2o. No tiene otro campo libre que el del instrumento público".

"Se señala que es un testigo rogado en virtud de que "el notario es testigo profesional, se propone ver".

"Espectador que se propuso no perder detalle, para relatarlo luego. Se propone captar todos los hechos, para archivarlos ordenadamente en su memoria".

"Relata los hechos, que ha querido ver como ajenos. Como testigo rogado, está mejor preparado, por su imparcial y ajeno a los hechos, y por su experiencia profesional reiterada, de testigo".

"Testigo eventual. El testigo eventual lo es por sorpresa, a posterior, sorprendido por los hechos".

"Se ve sobrecogido por los hechos que no estaba preparado para ver (accidente, explosión, etc.). Está "metido" dentro de los hechos como protagonista, sin perspectiva, sin propósito de ser espectador."

"Relata sus impresiones sobre los hechos, como si fueran hechos propios."

"Como el notario no puede ser testigo fuera del instrumento público que autoriza, resulta que relata los hechos en el momento en que suceden, sin siquiera poder alterarlos, ya que la información del instrumento requiere el asentamiento de las partes, que son protagonistas. Tampoco puede alterar ni la fecha ni el lugar ya que la inalterabilidad del protocolo, por su foliación, numeración y fechas progresivas, etc., se lo impide. De todo lo anterior se deduce que por ser el testimonio del notario un testimonio rogado, cuyo campo sólo puede ser el instrumento público, es propio para que la ley le conceda los

efectos de fehcencia que la ha otorgado".

"Necesidad de investir a una persona de fé pública. Nace entonces, también por la necesidad de lograr un fin, y como un medio para lograrlo, la idea de investir a una persona de fé pública. Para que el acto sea autorizado por un determinado funcionario y no por cualquiera, se exige que éste, a quien se inviste del poder de dar fé, reúna determinados requisitos de honorabilidad, preparación y competencia indispensable para que el acto jurídico sea lo más perfecto humanamente posible, desde su nacimiento hasta su autorización y aún registro definitivo. Aquí los fundamentos del notariado se confunden con los de fé pública..... " (tesis profesional citada, pag. 98 - 100).

Por cuanto a lo que se refiere al carácter testimonial que la función del notario reviste y en conexión con el tercer elemento formal que se señala como principal del testamento público abierto, como es la presencia de tres testigos idóneos, consideramos que es la única formalidad a discusión, salvo mejor opinión.

Testigo es la persona que con su presencia, sus dichos o su firma, asevera la realidad de un hecho o acto.

El testigo necesariamente percibió la realización de un hecho o un acto mediante sus sentidos en forma directa. si no lo percibió en éstas condiciones, no será testigo, pues como testigo de oídos no sirve su testimonio. Considerando el análisis realizando en relación con el notario y las características de su función, así como el concepto de testigo, veremos la

formalidad de "presencia de tres testigos idóneos" que exige la ley para los testamentos públicos abiertos. Consideramos que tal exigencia tiene un carácter de "forma formal" ó accesoria y que su ausencia no deberá implicar en consecuencia, la ineficacia del testamento, de tal suerte que el acto será plenamente válido, salvo que por otros medios se pruebe su falsedad.

Llegaremos a ésta conclusión, si analizamos las consecuencias que sobre la vida y existencia del acto produce la ausencia de testigos idóneos. Si una persona ante un notario público expresa el sentido de su última voluntad que éste hace constar por escrito redactándolo el funcionario en forma de cláusulas y una vez hecho, procede a darle lectura para que dicho testador manifieste su conformidad, haciéndolo así éste último y cubriéndose las demás formalidades relativas, indudablemente a nuestro parecer, el acto deberá existir plenamente, porque los testigos y su presencia, en todo caso, es una formalidad de reafirmación porque, existe un atributo importante que tiene el notario, que es la fé pública, que por sí sola se tiene por cierto lo aseverado por el notario, de ser falso, no importarían cien testigos y la fé del notario, el acto se anularía mediante la acción correspondiente ante el juez de lo familiar.

Entonces, el acto no se verá afectado en su esencia si el notario dá fé de que tal acto existió y de los términos del mismo y dicho acto aparece y consta en los instrumentos del notario, así lo consideramos, a pesar de la ausencia de los

testigos o de la presencia de testigos idóneos.

Testamento público abierto; es público porque interviene el notario público en su elaboración, y tiene el carácter de abierto, en cuanto a que el autor del testamento hace conocer su última voluntad desde el momento en que tiene lugar el otorgamiento, es decir, el contenido del mismo lo conocen tanto el notario como los testigos.

Insistimos en que la ausencia de los testigos o de la falta de idoneidad de los mismos en esta clase de testamentos no lo invalida, pues lo que se persigue con ello es reafirmar el acto, y consideramos que se logra con la intervención del notario que para eso el Estado lo ha investido de fé pública.

Si se dijera que los testigos sólo presencian la realidad y no atienden al carácter técnico del acto, podemos afirmar en todo caso que la persona especialmente calificada para apreciarlo en toda su integridad y justeza, lo será el propio notario.

Consideramos que desde cualquier punto de vista no hay razón que justifique para que subsista el requisito de la presencia de testigos en el otorgamiento del testamento.

De no ser así ¿Qué objeto tiene crear la Institución del notario público y de investirlo de fé pública?

De lo dicho anteriormente se desprende cuales son las "Formas Formales" y cuales son las esenciales o "Formas Solemnes".

g) Asentamiento de lugar, año, mes, día y hora.

Otro requisito formal es el referente al asentamiento de lugar,

año, mes, día y hora de su otorgamiento y al respecto apuntamos lo siguiente:

Esta formalidad tendrá el carácter de elemento esencial, cuando estamos en presencia del otorgamiento de varios testamentos por el finado, además siempre y cuando existan modificaciones substanciales o cuambio en el sentido de la voluntad expresada, esto se debe a la necesidad de determinar con claridad cual es la última voluntad del autor de la sucesión, ya que por la naturaleza especial de la institución testamentaria, es de fundamental importancia conocer precisamente las últimas disposiciones, en el tiempo, del testador para llevar a cabo el fin primordial del testamento, que es la realización de la voluntad póstuma del individuo, teniendo como guía para ello los propios lineamientos por el testador en relación con su patrimonio.

De los dicho hasta aquí, en donde hemos analizado del testamento público abierto los elementos de que se ha redactado por escrito; la intervención del notario público, asentamiento de la fecha, lugar, día y hora del otorgamiento; lectura en voz alta y que el acto sea continuo y sin interrupción alguna; llegamos a la conclusión de que sólo los dos primeros tienen la calidad de elementos esenciales o solemnes, mientras que los restantes tendrán la calidad de accesorios, secundarios o de refuerzo, cuando a través de los que hemos estimado como esenciales o por otros medio idóneos, sea posible conocer fielmente la voluntad del finado.

Consideramos que el residuo "Presencia de tres testigos idóneos" a quedado de la incipiencia de la institución del notario público, al que no se le tenía plena confianza en que su delicada función la desempeñaría verazmente, creemos que en la actualidad tal requisito ya no tiene razón de ser. Pero mientras esté consignado en la ley habrá que respetarlo, pero debe desaparecer de nuestro código.

De la lectura de nuestro Código al decir que la presencia del notario público y la intervención de tres testigos idóneos, tal parece que se trata de una unidad, o sea que los testigos forman parte de la función notarial. La ley del notariado de 1901 lo estableció como obligación, que el actuario actuara asistido de los testigos instrumentales, creando los aspirantes adscritos a los notarios, para que sustituyeran a los testigos, pero sin excluir absolutamente a estos, tal precepto fué copiado de disposiciones españolas antiguas. Esta exigencia no la contempla nuestro Código Civil ni el procesal en vigor, esto nos hace afirmar que los testigos no son parte integrante de la función notarial. Tampoco algún testigo puede suplir la fé notarial del funcionario ante quien se otorga el testamento, y los requisitos que deben concurrir en los testigos que intervengan en un testamento son formalidades, no solemnidades, cuya omisión jamás podrá llevar aparejada la nulidad del testamento otorgado en tales condiciones. En el otorgamiento del testamento, nuestro código civil al establecer solemnidades, tiene el propósito de establecer de manera indubitable la certeza de la voluntad de

los otorgantes sin que se encuentren impedidos por coacción ya sea física o moral o inducidos por error y por eso establece entre otras formalidades, la de que un acto de esa naturaleza concurren personas idóneas, o sea, capaces según la ley y en aptitud de confirmar la autenticidad de la expresión de la voluntad de los otorgantes, prohibiendo que sean personas que por sus características puedan tener interés en la sucesión, ya por su calidad de herederos o legatarios o por otras razones que afecten su imparcialidad en el acto testamentario, tal y como lo establece el artículo 1502 en relación con el 1504 ambos del Código Civil, que al referirse a los testigos y al notario que autoriza un testamento, quiso el legislador que se establezca primordialmente la identidad del testador, de sus cabales facultades mentales en el momento del otorgamiento del testamento y libertad total de cualquier coacción y también la prohibición para que no concurren al acto de testar, las personas que especialmente se determinan como inhábiles por la ley.

h) Prohibición de los amanuenses de ser testigos en la redacción de testamentos.

El artículo 1502 del Código Civil establece, qué personas están impedidas para fungir como testigos y son: "I.- Los amanuenses del notario que lo autorice; II.- Los menores de dieciseis años; III.- Los que no están en su sano juicio; IV.- Los sordos, ciegos o mudos; V.- Los que no entiendan el idioma que habla el testador; VI.- Los herederos o legatarios, sus descendientes,

ascendientes, cónyuge o hermanos. El concurso como testigo de una de las personas a que se refiere esta fracción sólo produce como efecto la nulidad de la disposición que beneficie a ella o sus mencionados parientes; VII.- Los que hayan sido condenados por el delito de falsedades".

Consideramos inadecuado el vocablo "Amanuence" dado que en estos tiempos ya ningún ayudante del notario escribe a mano, de donde proviene la palabra. Debe suprimirse tal palabra por la de ayudante, mecanógrafo, secretario, etc.

Dada la importancia del testamento, en su otorgamiento es por lo que se ha prohibido que una persona que actúe en el testamento dependa económicamente del notario, dado que se podría dar el caso que tal persona alterara el contenido de las cláusulas del testamento otorgado, en beneficio de terceras personas y de común acuerdo con el propio notario, lo cual sería gravísima la conducta del notario.

Cabe aclarar que la prohibición es para el amanuence a que intervenga como testigo del acto testamentario, pero tal impedimento no es extensivo a cualquiera otro empleado que realice tareas diferentes a las de escribiente o mecanógrafo.

Para tener por respetado el principio de la libre testamentifacción, deberá hacerse constar que el documento se otorgó libremente, sin coacciones ya física o moral y que fué voluntad del testador dictar su testamento y otras peculiaridades para tener la seguridad de que el testador gozo de plena libertad y que es realmente su voluntad la plásmada en el testamento, no

hacerlo sería injusto y contra derecho.

Estimamos que si una persona otorga testamento y uno de los testigos es amanuense, pero tal persona nada tiene que ver en parentesco o amistad con herederos, tampoco el notario, de donde se presumiera que pudo haber sido alterado su contenido en provecho de alguien, deberá de intepretarse en el sentido de respetar en todos y cada uno de sus términos, la voluntad del testador, por no existir ninguna sospecha que hiciera pensar que no se ajustó a su verdadero contenido y a la libre y última voluntad del testador como lo exige la ley.

En consecuencia, aunque la ley prohíbe tajante y expresamente de que un amanuense del notario que autoriza un testamento intervenga como testigo, tal disposición no deberá nunca interpretarse en un sentido de apego total a la letra de dicho precepto, siempre y cuando aparezca que tal intervención fué verdaderamente imparcial, libre de toda sospecha y que en nada cambia el contenido del testamento, ni la libertad absoluta del testador.

Ante lo que aquí estamos sosteniendo, consideramos que el juez no sólo debe tener el conocimiento profundo del derecho, sino también debe tener sentido común "Que es el menos común de todos los sentidos" y un profundo amor por la justicia.

Como ya lo apuntamos anteriormente sostenomos que ningún testigo puede suplir la función del notario público y los requisitos que deben concurrir en los testigos son formalidades y no solemnidades.

Nuestro Código Civil ha suprimido en casi todos sus capítulos el requisito de solemnidad como elemento esencial a la validez de los actos y contratos de la vida civil, pero aún se conservan algunos como es el testamento en el cual se habla de solemnidades, sin hacer una clara distinción cuando se trata de formalidad y cuando estamos frente a una solemnidad, lo que provoca confusión en algunos casos ¿Cómo influye la formalidad o la falta de ella en la existencia del acto para darle el carácter correspondiente?. El código civil establece los tipos de testamento y las formas que han de observarse al otorgarse ¿Qué pasará si no se cumplen tales formalidades?, siempre y cuando no se observen las formalidades pero, por cualquier medio se puede probar que la conducta del testador es indubitante, cuanto se refiere a la institución de herederos, y en relación a los bienes que esos herederos tienen voluntad de dar para después de su fallecimiento. Al respecto nuestro punto de vista es que aquello es suficiente para que se tenga por plenamente válido el testamento, dado que estamos frente a un acto que se otorga atendiendo a la libre testamentifacción, principio que nuestra legislación consagró, protege y garantiza el exacto cumplimiento de las disposiciones testamentarias, obedeciendo tal principio fielmente.

En cuanto a la siguiente formalidad referente a la idoneidad de los testigos, ¿Cuál tendrá validez?, el testimonio de los testigos que presencian el acto testamentario o bien a la escritura levantada por el notario público, mediante la cual se

hace constar el acto en que se realizó. ¿Será bastante y suficiente que la persona que actúa como testigo del acto, no sea idóneo por hallarse en alguna de las situaciones que la ley señala, para que la voluntad verdadera y expresa que consta en el testimonio levantado por el notario sea desvirtuado y se deje sin efecto, contra el deseo real y verdadero expresado por el testador?

Tal apreciación la consideramos un infundio y una bofetada al principio de la libre testamentación, principio que debe necesariamente obedecerse.

El Estado consideró la necesidad de que ciertas personas debían ser investidas de fé pública, para que todos los actos que ante tales personas que celebrarán estuvieran garantizadas en lo que se refiere a su autenticidad y para alcanzar el fin supremo del derecho, que es la seguridad jurídica, no es posible creer que deba considerarse superior el testimonio de las personas que intervienen en el acto en calidad de testigos, que la expresa voluntad mediante la cual se manifiestan las últimas decisiones del testador, contenidas en una escritura levantada por un funcionario público autorizado, como lo es el notario y con la presunción aún cuando sea la presunción iuris tantum de que todos los actos que se celebran ante su presencia y con su aprobación serán ciertos.

Cabe nuevamente preguntarnos ¿Qué fuerza o validez tendrá la escritura en la que intervienen testigos no idóneos?, ¿Cuál tendrá mayor peso, la circunstancia particular de que los

testigos o testigo no reúnen el requisito de idoneidad para actuar como tal o bien, el testimonio o acta en el cual consta de una manera expresa y clara la voluntad del testador?.

Procedere a ejemplificar este caso.

Una persona comparece ante notario para otorgar testamento público abierto, se hace acompañar por personas para que presencien el acto, ignora que no son idóneos, el acto testamentario se lleva a cabo en el cual de una manera clara, expresa su voluntad en la forma en que han repartirse sus bienes y qué personas han de ser herederos y aún cuando no lo expresa, es su deseo que sus hijos no lo hereden porque hayan observado ante él una conducta incorrecta, el testamento se redacta en todos y cada uno de sus puntos y se observaron las otras formalidades, el notario se percató de que se encontraba en su cabal juicio, de que no había coacción sobre el testador, de que el acto se celebró de modo y otras circunstancias que para éste tipo de testamento se requiere. El testador en su vida sólo otorgó este testamento.

El fallecimiento de esta persona y una vez hecha la investigación de si otorgó o no testamento dentro de la denuncia de su fallecimiento ante el juez de lo familiar, se recibe el testamento público abierto y el abogado de los hijos del finado, que no aparecen como herederos, advierten la falta de idoneidad de uno o dos testigos, y ésta circunstancia le da la pauta para oportunamente plantear la nulidad del testamento. En la correspondiente demanda de nulidad del testamento, no pone en

duda de que tales disposiciones contenidas en el testamento sean real y verdaderamente expresadas por el de cujus, sino que basa su acción en la circunstancia de que las personas que intervinieron en el acto no son idóneas en los términos del Código Civil y hace consistir porqué no son idóneas y ante tal circunstancia el testamento es nulo por falta de tal formalidad en su apreciación. En nuestra opinión consideramos que el testamento otorgado en estas condiciones es plenamente válido. Si bien es cierto que el Código Civil establece como requisito de validez la idoneidad de los testigos, no es menos cierto que en el testimonio o acta levantada por el notario, se contiene la voluntad expresa y tajante del testador y que en aras del principio de la libre testamentifacción debe respetarse dicha voluntad, no respetarse sería grave y un atentado a tal principio. Consideramos que la intervención de testigos en estos testamentos es una formalidad que se trae del antiguo derecho, ya que en el derecho romano fueron exigidos en el antecedente inmediato a éste tipo de testamento, pues existió el testamento, *princi oblatum* y *testamentum apud acta conditum*, el primero que se entregaba al emperador y el segundo se protocolizaba judicialmente, lo que bastaba depositar ya fuera ante el emperador o bien ante el juez, sin otra formalidad como se exige indebidamente en la actualidad. La razón de la intervención de los testigos en estos testamentos es incorrecta e innecesaria, ya que existe un funcionario llamado notario, autorizado por el Estado para que intervenga en actos de ésta naturaleza para

darles garantías de autenticidad, tanto de la realización, como de que, lo ahí contenido es la real y verdadera voluntad del otorgante.

En nuestra opinión, la intervención de los testigos en éste tipo de testamentos debe desaparecer de nuestra legislación a fin de que la función y el espíritu de las instituciones y disposiciones que las regulan sean debidamente cumplidas, ya que el objeto perseguido en el testamento público abierto es dar autenticidad a la expresión de última voluntad del testador y que sea fielmente cumplida y con la intervención del notario se cumple cabalmente. Insistimos que basta la intervención del notario en éste tipo de testamento y la de los testigos es innecesaria, atento lo que dispone al respecto el artículo 75 de la Ley del Notariado: "Las escrituras, las actas y sus testimonios, mientras no fuere declarada legalmente su falsedad, probarán plenamente que manifestaron su voluntad de celebrar el acto consignado en la escritura; que hicieron las declaraciones y se realizaron los hechos de los que haya dado fé el notario, y que éste observó las formalidades que mencione".

Es bien cierto que lo que se pretende es proteger la libertad del testador, contra cualquier tipo de coacción ó que no se encuentre en su cabal juicio; es por ello que se pensó en rodear al acto testamentario de una serie de formalidades que en ocasiones son inclusive perjudiciales para el otorgante, dado que si por cualquier circunstancia, a veces ajena a su voluntad, no se observó tal ó cual formalidad, entonces estará invalidada su

voluntad dictada, en lo que se refiere a la forma en que ha de repartirse su patrimonio y qué personas desea que disfruten de tales bienes. Esto es totalmente injusto. Es por ello que consideramos que nuestro máximo tribunal debe atenuar en éstos y otros casos el rigor de las exigencias legales por respeto a una voluntad cierta y debe insistir en la necesidad de aquellas formalidades que sean siempre adecuadas, que aseguren la libertad del testador, pero que no signifique un obstáculo.

En los testamentos, las reglas formales son tratadas como tales y no como reglas relativas al consentimiento y sus vicios, tal es la explicación para que sean sancionadas con la ineficacia.

En nuestro derecho positivo, los vicios en la forma de los actos jurídicos es sancionada con la nulidad relativa, siempre que no se trate de actos solemnes, porque entonces estaremos ante la presencia de la inexistencia.

En contratos, la forma protege la voluntad de los contratantes y su propio interés, en cambio, en el testamento desde luego ampara la voluntad del otorgante, pero encaminado al interés del instituido heredero y todos ellos pueden impugnar el testamento irregular que viola sus intereses, no siendo privativo de ciertas personas, sino que todos deben poder impugnarlo cuando así lo amerite.

En nuestra legislación encontramos varios errores que producen confusión, porque cuando se habla de la forma de los testamentos como elemento de esencia, señala que el testamento otorgado en contravención a las formas prescritas por la ley será nulo, tal

término es equivocado, ya que debería hablar de inexistencia, pues se está refiriendo a las formalidades específicas características de cada uno de los tipos de testamentos, ya sean ordinarios ó especiales y al otorgarse en forma diferente a éstas, es obvio que no se podrán considerarse como disposiciones testamentarias.

Es por ésto que nuestra legislación permite dos formas de otorgar testamento; el artículo 1499 del Código Civil establece: "El testamento, en cuanto a su forma es ordinario ó especial".

Lo lógico es que la generalidad de testamentos sean otorgados en forma ordinaria, es decir, que los individuos sabiendo que han de fallecer, fueran precavidos en otorgar su testamento con la anticipación adecuada, por ello se denomina testamentos ordinarios; pero sucede que existen personas tan poco cuidadosas y prevenidas que a sabiendas que algún día han de fallecer, tienen tan poco cuidado en disponer de su patrimonio y sólo cuando se ven amenazadas por la muerte piensan en otorgar su testamento, siendo ésto muy grave, otros mueren sin otorgar tal testamento, dejando problemas a su fallecimiento a sus descendientes. El testamento llamado especial, es aquel que se otorga al momento tan especial en que vive el otorgante al dictarlo o bien tratándose del lugar en que éste se encuentra, y que por lo mismo no se descarta errores u otras situaciones difíciles en su otorgamiento.

Este testamento lo trataremos ampliamente en el siguiente capítulo.

Capítulo Quinto

CASOS ESPECIFICOS EN QUE DEBE OTORGARSE TESTAMENTO PRIVADO

I.- Análisis de las respectivas fracciones del artículo 1565 del Código Civil vigente.

El capítulo primero del título tercero del Código Civil se denomina "De la forma de los testamentos". En el artículo 1499 dispone: "El testamento, en cuanto a su forma, es ordinario o especial".

Continúa agregando el artículo 1500 "El ordinario puede ser:

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

El artículo 1501 dice: "El especial puede ser: I. Privado, II. Militar, III. Marítimo, y IV. Hecho en país extranjero".

De lo transcrito anteriormente tenemos con que, los testamentos en cuanto a su forma, puede ser de dos tipos: ordinarios y Especiales.

Los ordinarios -temas consultados en Gutiérrez y González "El patrimonio" (págs. 583 - 593) y Antonio de Ibarrola (obra citada, págs. 673 - 707) -como su nombre lo indica, son aquellos que se otorgan en situaciones normales, comunes, ordinarias, ello con respecto al otorgante. Es decir, las situaciones o

condiciones en que se otorga el testamento va a determinar la forma del mismo. Así por ejemplo cuando una persona es precavida y a sabiendas que ha de fallecer, decide con toda calma y una vez madurado supensamiento, otorgar testamento y tal decisión la toma previa meditación en lo que se refiere a quienes ha de instituir herederos, legatarios y sobre quienes ha de recaer las cargas de las obligaciones o deberes que han de cumplirse al concurrir su fallecimiento.

Producto de la meditación al respecto, investiga personalmente el monto de los honorarios que ha de erogar ante el notario por tal concepto, pues es de sobra conocido que los notarios cobran cantidades diferentes por la realización de un acto jurídico en que deben intervenir por disposición de la ley. En nuestro país, ya se ha convertido en una práctica frecuente que las tarifas y aranceles no se acatan debido a que no se hayan actualizados, por lo que en ocasiones son obsoletas y en otras ocasiones aún cuando son actualizados éstas no son suficientes o el mal hábito y el afán de obtener más dinero indebidamente, tales tarifas y precios no son obedecidos, baste citar a los taxistas y comerciantes para que nos convenzamos, de tal situación. Tal parece que en nuestro país ha tomado carta de naturalización la corrupción en todos los niveles sociales y ello ha permitido y a veces fomentado el que no se obedezcan los citados precios y aranceles.

En el título décimo primero, capítulo primero que se contiene en el Código de Procedimientos Civiles que se regula el arancel

para los abogados postulantes, depositarios, intérpretes y traductores, peritos valuadores, etc., y debido al anacronismo en que tal arancel se haya, nadie le hace caso, aún más, pocos saben de su existencia, es por ello que todos implícitamente acatan lo dispuesto por el artículo 222 que establece: "Los honorarios de los abogados, serán fijados en los términos del artículo 2006 del Código Civil por convenio de los interesados" continúa el artículo 223 "A falta de convenio se sujetaran a las disposiciones del presente arancel", etc.

Qué bueno que nadie hace uso de este arancel por notoriamente atrasado, pues es del 31 de enero de 1969.

Los mismo sucede con el arancel de las notarias, nadie hace uso de ellos y convienen en común acuerdo con el cliente el monto de los honorarios, que son diferentes entre todos los notarios del Distrito Federal.

Decíamos que la persona que ha decidido otorgar testamento visita varios notarios en el Distrito Federal y hasta que por fin encuentra un notario que no le cobra tan caro y decide otorgar su testamento ante dicho fedatario. El día fijado de común acuerdo y a la hora convenida también se presenta con sus testigos y otorga el testamento público abierto, o bien, pudiera ser que quisiera otorgar el público cerrado y que para ello ya debería llevar consigo elaborado su testamento en su sobre cerrado. También pudiera ser que el testamento que otorgase fuese el Ológrafo, es decir, cualquiera de los testamentos considerados como ordinarios.

Las condiciones en que se otorga testamento es lo que va a determinar la forma del mismo, estas "Condiciones" o "Situaciones" es con respecto al momento en que se haya el otorgante en su salud al otorgar disposiciones testamentarias.

Si la persona que ha de otorgar testamento se haya bien de salud, lo pensó y se puede decir que está en condiciones normales, comunes u ordinarias; es lógico deducir que ha de testar en forma ordinaria.

Pero si por el contrario, no previó adecuadamente el momento en que se encontrará enfermo o incapacitado para concurrir ante el notario, o bien por el lugar en que se encontrara, que por ser tan distante de alguna población no hubiera notario que pudiera concurrir a recibir las disposiciones testamentarias, o bien cuando la persona se haya mermado de su salud, por haber sido atacado de una enfermedad tan violenta y además grave que no le dé tiempo para que concurra ante notario a hacer testamento, o bien que, habiendo notario o juez en la población en que se haya la persona, sea imposible o por lo menos muy difícil, que se presenten tales fedatarios al otorgamiento del citado testamento, es este caso se otorgará testamento privado.

Dadas las "condiciones" o "situaciones" particulares en que vive el que desea otorgar testamento, la ley dicta lineamientos bien definidos para que la persona que se encuentra en estas condiciones no normales, puede otorgar testamento, es decir, respetarles y garantizarle su derecho a disponer de su patrimonio.

No obstante la situación en que se encuentra la persona, al otorgar su testamento debe observar imprescindiblemente las exigencias que para ello se requieren, aún cuando sean las más elementales. Al no observarse cabalmente estará afectado el testamento y dependiendo de la gravedad del requisito no observado, decidirá la suerte del testamento otorgado.

Para los casos citados anteriormente, la ley regula los testamentos especiales y concretamente nos referiremos al testamento privado por ser el tema central de este trabajo.

El maestro Antonio de Ibarrola (obra citada, pág. 699) al respecto nos dice: "Esta forma de testamento carece de precedente en nuestro derecho. Se referían a él como antecedente los artículos 3535 y siguientes. En la práctica dá lugar a litigios y abusos sin cuento".

Cita el propio maestro a continuación a propósito de estos testamentos, en el cual "Un individuo atropellado por un tranvía y que quedó muerto casi instantáneamente había dejado todos sus bienes a un amigo", esto lo afirmaban falsamente algunos supuestos testigos. "Nuestra ley ésta mal inspirada en los artículos que citamos: "Debió haber dado atribuciones para recibir el testamento alguna persona caracterizada: A cualquier juez civil o penal, al párroco, al médico". (obra citada, pág. 699).

Es decir que para el maestro en cita, dada la importancia de los testamentos, éste debe recibirlo alguna persona específicamente autorizada, dado que se trata nada más ni nada menos que de la

disposición del patrimonio, que de suyo es delicada por la trascendencia que implica.

El maestro Ibarrola al ejemplificar sobre qué personas deben o debiera recaer la autorización para que en los casos excepcionales pudiera recibir testamentos y entre ellos cita al párroco; a nuestro parecer tal persona, no sería de las indicadas para tal misión, atendiendo a lo que dispone el artículo 1325 del Código Civil mismo que establece: "Los ministros de los cultos no pueden ser herederos por testamento de con quién no tengan parentesco dentro del cuarto grado". Es decir, es bien sabido la gran influencia que ejerce la religión en nuestro país, en donde más del 70% de nuestra población profesa el cristianismo y es obvio que un testamento otorgado ante un ministro de culto o párroco habría siempre la presunción de que, tal persona hubiera influido en el ánimo del testador, en tales disposiciones testamentarias.

Lo propio se puede decir del médico, que también es incapáz de heredar por testamento sobre los bienes de aquel que asistió durante su última enfermedad, conforme al artículo 1323 del Código Civil y que por lo mismo estimamos que también sería incapáz de recibir el testamento de cualquier persona, no sólo en su provecho, sino en favor de cualquier otra persona. Tanto el párroco como el médico, tendrían una incapacidad por presunción contraria a la libertad del testador, para recibir los testamentos. Tanto el maestro Ibarrola como el maestro Rojina Villegas -citado por aquél- estiman que el testamento privado

es delicado su otorgamiento ya que tratándose de aquellos en que su otorgamiento "es VERBAL surge un estado de incertidumbre, sobre todo si se crean derechos reales, pues sería difícil determinar las características, circunstancias, duración y alcance de ellos; sobre todo si se trata de servidumbre, hipoteca ó usufructo. Surge el consiguiente conflicto con los artículos 3011 y 3015 que para el registro exigen gran precisión y varios requisitos" (Ibarrola obra citada, pág. 700).

Sigue citando el maestro Ibarrola que "el derecho real es un derecho verdadero erga omnes (respecto de todo el mundo): de no ser posible, su registro perdería un elemento esencial de gran importancia que lo distingue de los derechos personales. Con la adverbación ante el juez se subsanarán varias de estas omisiones; pero el asunto no deja de ser delicado. Por lo mismo deben en la práctica otorgarse los testamentos cuando el testador cuenta con tiempo y serenidad. Nunca debemos vivir como aquellos que creen que tienen asegurada la vida por un largo plazo.

El maestro Rojina Villegas (obra citada, pág. 381) transcribe algunos puntos importantes sobre una resolución de la Segunda Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal en la cual se dice: "El testamento privado, como forma excepcional, es admitido por el legislador siempre que haya verdadera imposibilidad de testar en la forma ordinaria; imposibilidad que puede tener su origen en la enfermedad del testador con carácter grave, en la urgencia que impida la concurrencia ante el Notario, en el caso de que no exista notario en la población o

en la imposibilidad de que concurra por algún hecho calificado de fortuito o fuerza mayor. Esta especie de testamento existía ya en las agrupaciones formadas por el Código de 1884 y aparece en la legislación española en la que se habla, principalmente, de su forma más conocida, esto es, del testamento nuncupativo. En sus concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español, Florencio García Goyena, explica (tomo II, pág. 27) que el artículo 572, fundamentalmente similar al artículo 3535 del Código de 84 y el 1656 del Código vigente, conserva esta especie de testamento que puede llamarse rigurosamente nuncupativo, sólo para casos de absoluta necesidad en los que, al cesar ésta, también terminan los justificantes; por lo que el precepto habla de cuando el testador se encuentre en peligro inminente que haga temer la muerte sin testamento, acabado el cual o transcurrido un cierto plazo sin que acaezca la defunción, pierde su razón de ser dicho testamento".

"Es verdad que en la doctrina romana de los actos mortis, causa la nuncupatio tiene especial importancia al extremo de dar su nombre a una de las más antiguas formas de testar, pero además de que en aquel sistema jurídico de nombramiento público (nuncupar) obedecía a la facilidad de designar y confirmar en conjunto lo escrito detalladamente en las tablas del testamento, ya en el testamento pretorio se redujo a una declaración solemne de que el documento presentado por el testador contenía su última voluntad (R. Sohm. Instituciones de Derecho Romano, pág. 541) por ello el testamento nuncupativo quedó convertido en

testamento abierto para distinguirlo del testamento cerrado en que se hizo expresar la última voluntad (Ignacio de Casso y Romero, Francisco Cervera y Jiménez Alfaro, Diccionario de Derecho Privado, pág. 2780) por lo tanto, en realidad, el clásico testamento nuncupativo ya no se conoce en la legislación mexicana y la forma verbal a que se refiere el artículo 1501 del Código Civil corresponde al testamento excepcional que consiste en probar con testigos el otorgamiento de esta liberalidad que no por ello deja de revestir la indispensable solemnidad. Entre los testamento especiales que deben ser otorgados, dentro de las garantías adecuadas a la auténtica expresión de la última voluntad de cualquier persona, la fracción I del artículo 1565 del propio Cuerpo de Leyes, regula el testamento privado para el caso en que el testador es atacado de una enfermedad tan violenta y grave que no dé tiempo para que concurra el notario a hacer el testamento". "De lo anterior se desprende que la primera cuestión a resolver es la especie que estriba en determinar si el documento exhibido por Guadalupe García Arrieta de Borgo, es cabalmente un testamento especial que se hizo en circunstancias que sólo permitieron recurrir a la forma privilegiada del testamento privado, por no haber sido posible otorgarlo en los términos ordinarios, esto es, si el documento provino de un caso de imposibilidad de testar por medio de testamento público abierto, cerrado u olográfico". "Precisamente por las condiciones en que se otorga el testamento privado, es menester hacer aplicación de las reglas que atañen a la prueba documental y a

la prueba testimonial. Como no todo escrito constituye prueba documental, por documento entiende la doctrina la declaración conciente, personal, escrita e irreductible oralmente, destinada a dar fé de los hechos declarados; por ser el documento una prueba personal y no real, es preciso que se dé conscientemente de manera que no basta que el escrito contenga una declaración, sino que es necesario que se presente como testificación destinada a hacer fé de los hechos atestados. como caso opuesto, el documento falsificado no alcanza sino la naturaleza de prueba material. Por otra parte, el término de irreductible oralmente alude a la circunstancias de que el documento es una prueba que, aunque personal, tiene vida propia, se valúa y considera independientemente de la persona que la ha escrito; en este sentido habla de prueba completa por cuanto no necesita la reproducción verbal. Pero el testamento privado exige la presencia y colaboración de los testigos, por ello se habla del testimonio, doctrinariamente, como prueba específica, cuando se refiere al atestado personal, no separable del testigo que ha dado, y cuya naturaleza específica, como prueba, está determinada por la presencia real o posible del testigo en el juicio, es decir, "testimonio escrito y no documento, en el sentido jurídico es aquel que puede ser oralmente reproducido ante el juez del debate".

"Como los testigos intervinienden en la formación del testamento, la doctrina los ha clasificado como instrumentales y testamentarios en cuanto sirven para verificar un acto jurídico y

tienen la calidad de requisitos necesarios para la validez del mismo, el asistir al otorgamiento del testamento, bajo pena de nulidad del mismo. La intervención de los testigos en la formación de este documento privado que incluye un atestado personal es propiamente un requisito de existencia del testamento, por cuanto si no hay escrito, no hay testamento. Es verdad que el artículo 1568 autoriza el testamento verbal; sólo debe analizarse la naturaleza de este último que no por revestir forma diversa a la de los testamentos ordinarios, puede carecer de las formalidades generales que son: la continuidad en el acto, la presencia de los testigos, la identidad del testador y su capacidad que deben ser conocidas y apreciadas por los testigos así como de los requisitos de redacción y sobre todo, de las condiciones atinentes a la excepcionalidad del caso. Desde luego el testamento privado debe ser redactado por el testador y escrito por éste, de modo que sólo cuando no sabe ó no puede escribir podrá hacerlo a ruego suyo uno de los testigos idóneos debiendo estar capacitados para declarar de ciencia cierta".

Insistimos en que tanto el maestro Rojina Villegas como Ibarrola consideran el testamento privado como delicado y peligroso su otorgamiento y el maestro Ibarrola cita algunos casos llevados al foro, como el testamento privado otorgado por Agustina Loera Chávez, en el cual su sobrino y homónimo pidió ante el juez undécimo de lo Civil que dicho testamento fuese declarado formal, el citado juez decretó no haber lugar a lo solicitado y esta sentencia fue confirmada por la cuarta sala haciendo incapié en

que demostradas ligas de afecto entre el autor y el pretendiente, no por ello queda demostrado un elemento determinante para la voluntad del testador; consideró que no hubo en el caso propósito serio y deliberado de otorgar un testamento y que el autor no expresó su voluntad de un modo claro. (Antonio de Ibarrola obra citada, págs. 699 - 700).

Consideramos que no obstante que los autores ya citados califican al testamento privado como peligroso y delicado su otorgamiento y que "en la práctica dá lugar a litigios y abusos sin cuento".

(Ibarrola obra citada, pág. 699) Este tipo de testamento requiere cumplir con ciertos requisitos, en apariencia, tal parece que dispensa casi todos los que exige para los testamentos ordinarios; tal apreciación es incorrecta.

El Código Civil al regular el testamento privado quiso dar facilidad a aquellas personas que se encuentran en esos supuestos, pero también debe entenderse que tales requisitos deben cumplirse necesariamente.

El testamento privado se debe tener por otorgado en los casos en que expresamente la ley lo establece y además con el sano criterio que hagan los juzgadores que se encuentren frente al otorgamiento de estos testamentos. Los juzgadores deben poner especial atención en estos testamentos desde el mismo instante en que tienen conocimiento por jurisdicción voluntaria de la solicitud de la declaración de que se formalice un testamento privado.

En este testamento la aplicación del criterio judicial es bien

delicado y tratándose de los testigos para apreciar su testimonio, la cual no debe ser superficial ni muy rigurosa. Es de todos sabido que hay personas tan bien aleccionadas que comparecen a juicio prestando testimonio falso, inclusive hacen de esta actividad su ocupación. Cuando el juzgador se encuentra ante casos como este no debe dudar en emitir la sentencia de que los testigos son falsos. A propósito de lo anterior el maestro Ibarrola cita que una sala administrativa de la Corte, al examinar una prueba de esa índole expresó que "los testigos concordaban tan perfectamente aún en los más insignificantes detalles, que no podían ser sino falsos"(obra citada pág. 700).

El testamento privado para que tenga validez se requiere que se cumplan necesariamente los requisitos que para su otorgamiento se necesiten. En primer lugar en lo que se refiere a la exigencia de que únicamente se puede otorgar cuando el individuo no le sea posible otorgar testamento ológrafo tal y como imperativamente lo señala el artículo 1566 del Código Civil.

También se requiere que para que tenga validez el testamento privado, el testador se halle impedido o imposibilitado de otorgar otro tipo de testamento de los ordinarios en razón de su situación personal, es decir por la gravedad de su enfermedad, que debe ser de naturaleza grave y violenta que no dé tiempo a concurrir ante notario o que éste no pueda concurrir ante el testador. La imposibilidad del notario debe ser insuperable ya por fuerza mayor, enfermedad o epidemia, pues no se trata de afirmar que el notario se hallaba imposibilitado de concurrir a

recibir de una persona su testamento lo mismo debe observarse para el testador, que su imposibilidad debe ser tal que real y verdaderamente haga imposible de ir ante el notario y que además muera de dicha enfermedad y que nunca se haya recuperado, es decir, que una persona que es atacada por una enfermedad grave y violenta, no le dá tiempo de concurrir ante notario a otorgar testamento privado; pero esa persona recupera su salud, aún cuando sea por algunos días, ya no tendrá validéz el testamento privado, otorgado anteriormente, sino que deberá otorgar otro cualquiera de los ordinarios.

El testamento privado se otorga atendiendo a la situación especial del testador, es decir, desde el punto de vista de salud de la persona que ha de otorgar el testamento. De esta situación personal por la que atravieza el individuo, se deriva otra imposibilidad que es la de que, el notario no puede concurrir al otorgamiento del testamento, por el lugar en que se halle el testador o sus condiciones, también se desprende de las tantas veces citada imposibilidad del testador, a que en la población en que se encuentra no haya notario o juez que actúe por receptoria.

Por último que habiendo notario o juez en la población, sea imposible, o por lo menos muy difícil que concurren al otorgamiento del testamento. Como se observará en los casos en que se permite otorgar testamento privado, depende fundamentalmente de la imposibilidad insuperable en que se haya el otorgante debido a que es atacado por una enfermedad violenta

y grave.

Resumiendo todo lo anterior sostenemos que, el artículo 1565 del Código Civil expresa de una manera clara y tajante los casos en que procede el otorgamiento del testamento privado y dichos supuestos son de carácter limitativo, lo que le impide la aplicación por analogía a casos o supuestos que no se encuentran perfectamente comprendidos en las fracciones que el citado precepto legal contempla y por ello, precisa que los extremos de cada una de las fracciones deberán reunirse en forma puntual y estricta.

Sólo en los casos expresamente señalados se puede utilizar la forma especial de otorgamiento del testamento, sólo cuando el supuesto que la ley consagra, se presenta en los términos específicamente previstos en tal disposición, ya que la característica particular de este tipo de testamentos, es el que obedece a circunstancias excepcionales relativas a la persona del testador o bien, al lugar en que se encuentra; en el caso especial del testamento privado, sólo se admite siempre que exista imposibilidad de testar en forma ordinaria, debido a enfermedad grave del testador, de tal naturaleza que impida la concurrencia del fedatario público, o falta de fedatario o juez que actúe por receptoría o cuando haya imposibilidad de que el notario concorra al otorgamiento del testamento. Debe entenderse que la imposibilidad de que concorra el fedatario al otorgamiento del testamento, debe ser de naturaleza insuperable, ya sea por caso fortuito, fuerza mayor o en otro estado de

emergencia en el lugar; en cuanto a lo que respecta a la persona del testador, de que no dé tiempo para que concurra notario a hacer testamento, debe ser de tal suerte que, debido a la gravedad de su enfermedad, sea imposible que diera tiempo a que se buscara un fedatario y de que le diera tiempo a presentarse ante el enfermo hayándolo aún con vida.

a) Primera fracción del artículo 1565.

Procederemos a analizar la I Fracción del Artículo 1565 del Código Civil.

Artículo 1565 "El testamento privado está permitido en los siguientes casos:

I.- Cuando el testador es atacado de una enfermedad tan violenta y grave que no dé tiempo para que concurra notario a hacer el testamento". Al respecto hemos señalado que la imposibilidad de otorgar otro tipo de testamento, se haya en la situación por la que atraviesa el otorgante, que sufre una enfermedad violenta y grave. El maestro Ibarrola (obra citada, pág. 698) dice: "A menudo el enfermo es aprensivo, puede creerse en peligro de muerte y luego resulta infundado el temor de gravedad (BI, 52): ello no obsta a la validez del testamento. Naturalmente, un testamento en esa forma no podría ser otorgado mediante intérprete o traductor".

La anterior fracción que se analiza establece en forma clara que el testamento privado puede otorgarse cuando el testador es atacado de una enfermedad tan grave y violenta que no dé tiempo

para que concurra notario a hacer el testamento, es decir, no basta que el testador se encuentre enfermo de gravedad para que se considere procedente otorgar testamento privado, sino que, es preciso que la enfermedad sea de tal naturaleza que impida que el notario pueda concurrir o hacer el testamento, es decir, se debe estar frente a un caso de suma emergencia que no dé tiempo a obtener la presencia del fedatario.

Insistimos en que, amén de que el testador sea atacado de una enfermedad grave y violenta, es necesario que no recupere la salud posteriormente el testador, pues si esto ocurre el testamento ya no tendrá validez, es preciso que haya fallecido sin haber recuperado la aptitud para poder otorgar cualquier testamento ordinario.

Una vez que se ha otorgado testamento privado para que éste tenga validez debe probarse, que no existió tiempo para que concurriera el notario a hacer el testamento, ésta circunstancia, trae aparejado el elemento relativo a la existencia de la enfermedad violenta y grave.

Debe tenerse presente que, para ser válido al testamento privado que se otorga a esas condiciones, se deben dar los supuestos real y verdaderamente; es decir, que efectivamente el testador sea atacado por una enfermedad violenta y grave y que ésta circunstancia no de tiempo a que el notario concurra a hacer testamento.

Debe entenderse que la enfermedad violenta y grave debe estar respaldada por un documento expedido por el médico que atiende al

paciente, ésta constancia debe contener pormenorizadamente, el estado que guarda el enfermo, previo al otorgamiento del testamento. Es decir, que lo violento y grave de la enfermedad debe existir objetivamente y además constar en un documento por el médico que atiende al enfermo. Sería grave que se concediera validéz a un testamento privado que se ha otorgado, porque se creyó que el otorgante se encontraba atacado de una enfermedad violenta y grave, aún más, si ésta circunstancia no se prueba, es suficiente para tenerse por no otorgado al testamento.

Consideramos que la circunstancia de que una persona es atacada por una enfermedad violenta y grave debe constar tanto en el documentos que extienda el médico que lo asiste, como también que conste en el expediente clínico ó al menos que se concluya así de lo asentado en dicho expediente médico.

No es válido sostener, que una persona otorgó testamento privado, basándose en la circunstancia de que fué atacado por una enfermedad violenta y grave y que no le dio tiempo de que concurriría notario, si tal afirmación no se encuentra apoyada o respaldada ya sea por la constancia del médico que atiende al paciente o que se encuentre contenida en el expediente médico tal situación; pues esto nos llevaría a pensar que la supuesta enfermedad violenta y grave solo existió subjetivamente, ya sea en el testador o en terceras personas (testigos o herederos). Excepcionalmente se podría aceptar que la susodicha enfermedad violenta y grave que sufrió el testador al momento de otorgar su testamento privado, se pudiera probar por cualquiera de los

medios de prueba que acoge nuestra legislación, cuando ha faltado el expediente clínico, o el certificado que se extiende en el momento en que se otorga el testamento privado; de ser posible se haga mención de tal circunstancia al testar.

Hemos señalado que, cuando una persona es atacado de una enfermedad tan violenta y grave, de tal naturaleza que no le da tiempo para que concorra notario a hacer el testamento, puede otorgar testamento privado, en el entendido de que, si por cualquier causa desaparece, el estado de gravedad en la persona, el testamento que haya otorgado ya no tendrá validez y deberá dictar otro.

Igualmente es procedente que se otorgue testamento privado, cuando la persona sea atacada de la enfermedad violenta y grave aludida y que suceda en un día inhábil y dado de que en una gran ciudad como lo es ésta, en donde resulta difícil que pudiera saber, bien el testador o alguna otra persona, el domicilio particular del notario, haría imposible que se pusiese a alguien a investigar el domicilio de algún notario, mientras al enfermo está agonizando. Es sabido que pocas personas sabrán el domicilio particular de algún notario y en momentos como estos, resulta aún más difícil. Aún cuando la ley no exige que alguien busque a un número determinado de notarios, en no pocas ocasiones nos ha sucedido que vamos a buscar a algún notario y no lo encontramos en la notaría, tenemos que esperarlo y nunca llega. Con lo anterior no estoy justificando el que se dé todas las facilidades para que con toda tranquilidad se otorgue testamento

privado, sino que sólo apuntamos que en un caso dado, podríamos tener dificultades para encontrar un notario en situaciones de apremio como lo podría ser la enfermedad tan violenta y grave; sino por el contrario, deben permanecer las mismas exigencias y observarse que se den los extremos requeridos.

Estimamos que también sería válido, el testamento privado que se otorgara en momentos en que por lo avanzado de la noche, no fuera posible localizar a algún notario y que el enfermo falleciera tanto de la misma enfermedad como en las siguientes horas en que fue internado en el hospital, sobra razón para considerar válido plenamente el testamento otorgado en éstas condiciones. El artículo 1571 del Código Civil establece tres supuestos que deben darse para que tenga validez el testamento y son:

Sólo surtirá sus efectos el testamento privado :

1o. Si el testador fallece de la enfermedad, el testamento que se haya otorgado en éstas condiciones debe ser plenamente válido, es decir, que una vez que la persona del testador es atacado de una enfermedad tan violenta y grave fallece de tal enfermedad sin que haya recuperado la salud, es lógico que nunca estuvo en posibilidad de otorgar otro tipo de testamento que no fuera el especial privado.

2o. Si el testador fallece del peligro en que se hallaba. Es el propio comentario que se hace, dado que no le dio oportunidad de presentarse ante el notario a hacer testamento ordinario, o bien por la premura del tiempo, era imposible que el notario se presentara ante el enfermo. Es por ello que consideramos válido

el testamento otorgado en éstas condiciones.

3o. Si el testador fallece dentro de un mes de desaparecida la causa que lo autorizó.

Hemos sostenido que el testamento privado, que se haya otorgado en condiciones que hicieron imposible que se presentará el testador ante el notario o que éste se presentará ante aquél, debido al estado de salud del testador, debe ser válido siempre que la persona que testó, haya fallecido de la enfermedad tan violenta y grave que lo autorizó a otorgar testamento privado, o que haya muerto del peligro en que se hallaba; pero no estamos de acuerdo en que un testamento privado sea válido, cuando el que lo otorgó falleció dentro de un mes de desaparecida la enfermedad o causa que lo autorizó a otorgar testamento privado; puede no ser objetivo, pero estimamos que es demasiado tiempo un mes.

Precisamente estamos afirmando que cuando el testador recupera su salud deja de tener valor el testamento privado que otorgó en estado de emergencia, con mayor razón debe estimarse que no puede ser válido el testamento que se otorgó después de un mes de desaparecida la enfermedad por haber desaparecido la causa que lo autorizó, dado que dicho lapso es suficiente para que se otorgue otro testamento de los ordinarios.

Consideramos que ésta parte del artículo que se comenta, está fuera de los lineamientos que para los testamentos privados se requieren, que es precisamente el estado de emergencia en que se haya el otorgante, una vez desaparecida tal urgencia deja de tener validez el testamento que se haya otorgado. Lo anterior lo

afirmamos, porque descarta el supuesto de que no existió tiempo para que concurriera al notario a hacer el testamento, ya que esta circunstancia también debe presentarse junto con el elemento relativo a la existencia de la enfermedad violenta y grave. Debe suprimirse ésta última parte del artículo 1571 del Código Civil, por hallarse en total contradicción con el espíritu de la ley en cuanto a los casos en que debe otorgarse testamento.

b) Segunda fracción.

Sigue diciendo el artículo 1565 en su fracción II del Código Civil; que el testamento privado esta permitido "cuando no haya notario en la población o juez que actúe por receptoria".

No esta por demás repetir que la ley determina que, para que pueda otorgarse testamento privado es necesario que el testador no le sea posible hacer testamento ológrafo, o sea, que no solamente deben contemplarse las hipótesis antedichas, sino que se compruebe que el testador estaba imposibilitado para hacer testamento ológrafo. Es decir, que el interesado o heredero, debe probar por cualquiera de los medios de prueba que regula la ley, que el otorgante estaba imposibilitado físicamente para haber otorgado otro tipo de testamento ordinario como el ológrafo, requisito sino quan non; es decir sin el cual no se puede otorgar válidamente testamento privado.

Nuestra legislación, sólo permite o admite el otorgamiento del tstatemento privado en cuatro únicos casos, que se contienen en el

artículo que se comenta.

No se debe interpretar que los tres primeros casos se refieran a la enfermedad violenta y grave del testador a que alude la fracción I del artículo en cita. Es decir, que ambas fracciones son independientes entre sí.

Por lo tanto, no se puede afirmar válidamente que ambos casos o supuestos pueden darse sin oposición, dada que se trata de situaciones diferentes. Con mayor razón es diferente la hipótesis que se prevé en la fracción IV y que no se refiere necesariamente al testamento del militar o asimilados al ejército por las razones que expondremos al respecto en el momento adecuado.

Fácilmente se concluye que las hipótesis que regula el artículo 1565 del Código Civil son entre sí diferentes de la lectura del artículo en cita al decir: "El testamento privado está permitido en los siguientes casos" por lo que gozan ambos de independencia entre sí.

Es de todos conocido que nuestro Código Civil ha servido a veces de inspiración y otras para copiarlo íntegramente por las entidades federativas, además de que en su primer artículo establece que "Las disposiciones de éste Código regirán en el Distrito Federal en asuntos del orden común, y en toda la República en asuntos del orden federal", aun cuando la materia testamentaria no es de competencia federal, esta disposición (artículo 1565 del Código Civil) tiene aplicación en nuestra República, ya que como lo apuntamos ha sido copiado en varias

entidades federativas, aunque de paso también diremos que, en otras entidades ha sido superada con muchos años nuestro código. Por lo anterior, estimamos que ésta fracción II, que se comenta puede bien tener aplicación en cualquiera de tales entidades, pero en la actualidad es inexplicable tal supuesto legal aquí en el Distrito Federal.

Dado que nuestro Código Civil data de 1928, es de esperarse que, hace sesenta y dos años pudiera darse tal hipótesis.

Hace sesenta y dos años el Distrito Federal era tan extenso y poco poblado, que inclusive muchos límites de las delegaciones políticas no estaban precisadas y otros límites han sido cambiados, en consecuencia y debido a la poca población en su periferia y otras por la falta de una comunicación adecuada, muchos pueblos estaban aislados y poco comunicados, consecuentemente, había lugares en los cuales no había notarios para que recibieran el testamento de alguna persona y le era difícil trasladarse al centro de la capital para buscar un fedatario para otorgar testamento. Si a ello le agregamos la falta de conocimiento de la persona, ya que también es de todos sabido que, dada la falta de información e instrucción, en esa época era tan poco frecuente el otorgar testamento en la periferia del centro, salvo las personas que tenían cierta instrucción o poseían dinero y grandes negocios, pero la el pobre no tenía necesidad de otorgar testamento, dado que no tenía nada que heredar, por ello era frecuente que en vida donara a sus hijos lo poco que tuviera y se hablara de herencia,

cuando se trataba de una donación entre vivos, este tipo de "herencia" tuvo mucho arraigo entre nuestra población.

En 1928 al redactar nuestro Código Civil, se tomo en cuenta la población tan dispersa en el Distrito Federal y la falta de notarios para que se pudiera concurrir ante ellos y otorgar testamento, si a ello le agregamos que las dependencias, tanto el archivo judicial como el Archivo General de Notarías se ha venido perfeccionando poco a poco, era difícil su eficiencia en aquellos años.

Actualmente estimamos que ya no se puede pensar válidamente que, exista en el Distrito Federal imposibilidad de concurrir al centro o bien a cualquier otro lugar a otorgar el testamento ante el fedatario, tanto porque contamos con eficiente y suficiente servicio de transporte, como porque tenemos un buen número de notarios, distribuidos en nuestra capital.

Porque la fracción que se comenta, no presupone una imposibilidad o dificultad en la persona del testador, es por lo que, consideramos que no puede ser obstáculo que una persona que resida en una colonia apartada del centro y en ese lugar no exista notario, no pueda concurrir ante un notario, que por lejos que viva no puede estar dicha persona a más de diez kilómetros de un fedatario y con el suficiente servicio de transporte que tenemos, consideramos que no hay imposibilidad que le impida presentarse ante el fedatario público.

Con mayor razón no puede darse el supuesto que en ésta fracción se comenta, por que salvo la autorización que se hace al juez de

lo familiar para que se formalice el testamento privado ante él, no se le faculta para que substituya la función notarial recibiendo personalmente al testador para que otorgue testamento.

Es decir que en nuestra legislación positiva no se faculta al juez para que realice la función de recibir disposiciones testamentarias, porque es diferente que se concurra ante su presencia para que se formalice el testamento que ya se otorgó ante testigos, como es el caso de las fracciones I y II del artículo que se comenta, a que se presente el testador ante el juez.

Sería impropio pensar que esta fracción a su vez se refiere a las hipótesis previstas en las fracciones acabadas de citar.

Esta fracción II tendría aplicación, siempre que se facultara al juez, recibir disposiciones testamentarias cuando no hubiera notario en esa población, por lo que hay una imposibilidad jurídica de que se dé esta hipótesis. Pudiera suceder que en alguna entidad federativa se tenga esta fracción y que además de facultar al juez a recibir disposiciones testamentarias para el caso de que no exista notario en la población. En este caso podría tener aplicación esta fracción, sin el cual no puede aceptarse la existencia de esta fracción en nuestro Código.

Estimamos que tal hipótesis debiera desaparecer por las razones ya expuestas, dado que no está sustentada jurídicamente, además de que ya no podría darse tal supuesto por lo que hemos ya sostenido.

Sería diferente si un juez tuviera facultades para recibir las disposiciones testamentarias por boca del testador, porque no existiera notario en la población y otra diferente es la facultad que tiene el juzgador para que ante su presencia se haga la declaración de los testigos de que tal persona otorgó testamento privado y por lo tanto, basando en ello se declara formal el testamento que ya otorgo con antelación.

c) Tercera Fracción.

Por lo que corresponde a la fracción III del ya citado artículo del Código Civil que establece que puede otorgarse el testamento privado "cuando, aunque haya notario o juez en la población, sea imposible, o por lo menos muy difícil, que concorra al otorgamiento del testamento".

Esta hipótesis prevista por el legislador y que se ha plasmado en la fracción acabada de mencionar, debe existir real y verdaderamente para que tenga plena validez el testamento otorgado en tales condiciones, es decir, que el supuesto previsto en dicha fracción III del ya citado artículo, debe existir objetivamente, pues una apreciación subjetiva de que está en dicha hipótesis prevista, no sería suficiente para que se tuviera por dada tal situación y en estas condiciones es lógico concluir que no se ha otorgado dicho testamento o en caso de haberse otorgado debe declararse por la autoridad judicial su inexistencia.

La anterior afirmación la sostenemos dado que las hipótesis

contenidas en las cuatro fracciones del artículo 1565 debe reunirse en forma puntual y escrita. Debe tenerse en cuenta que en el testamento privado la forma tiene el carácter de un elemento esencial y que la falta de observancia de aquellas que lo revisten, origina la nulidad absoluta de dicho acto testamentario. tal afirmación se desprende del contenido del artículo 1491 del Código Civil al establecer que el testamento es nulo cuando se otorga en contravención a las formas prescritas por la ley, aún cuando no precisa si se trata de una nulidad absoluta o relativa. Debe entenderse que es nulidad absoluta. Esto significa, que no solamente los testamento privados deben otorgarse en la forma que imperativamente exige la ley, sino todos y el no cumplirse puntual y estrictamente las hipótesis previstas en la ley, el testamento otorgado en forma contraria a la ley es inexistente.

En el artículo 1491 del Código Civil se contiene un grave error al decir que el testamento que no se haya otorgado con la forma que exige la ley es nulo, ya que debió haber dicho, que "el testamento que se haya otorgado en forma contraria a la ley, es inexistente", ya que como lo afirmamos anteriormente, la forma en los testamentos, reviste el carácter de un elemento esencial o de existencia, por lo que al otorgarse un testamento sin observar la forma que debe revestir será inexistente.

Es impropio que establezca la ley un caso de invalidez en un caso de inexistencia. Con mayor razón es correcto tal crítica cuando no se precisa si se trata de nulidad absoluta o relativa.

Como ya se señaló anteriormente , que para la procedencia del otorgamiento del testamento privado, deben existir las circunstancias excepcionales que la ley prevé para su otorgamiento y además tales circunstancias debe ser susceptibles de probarse, ya que no bastaría que se afirmara que existió la circunstancia excepcional para que se hubiese otorgado tal testamento.

En la jurisdicción voluntaria que se promueve ante el juez de lo familiar debe probarse que se dio el supuesto de otorgamiento del testamento privado. La hipótesis contenida en la fracción que se comenta, presupone al igual que las dos anteriores, la imposibilidad de poder otorgar testamento ológrafo por el testador, ya que su omisión lleva consigo que no se permita otorgar testamento privado.

La fracción que se comenta exige que para que se pueda otorgar este tipo de testamento sea imposible, o por lo menos muy difícil, que concurra el notario o juez a recibir las disposiciones testamentarias de una persona.

Esta hipótesis, al igual que la I del artículo 1565, se refieren a la situación especial por la que atraviesan el testador, es decir, que sea atacado por una enfermedad tan violenta y grave, que haga imposible o por lo menos muy difícil de que concurren ya sea un notario o un juez a recibir el testamento.

Debemos considerar que la fracción III que se comenta y la cual permite el otorgamiento del testamento privado, presupone que haya notario o juez en la población, que pueda recibir las

disposiciones testamentarias de una persona, pero debido a la urgencia por la que está sufriendo la persona o bien en la inminente muerte que pudiera sufrir tal persona, se haga imposible o por lo menos muy difícil de localizar a un notario o juez, ya sea por la hora en que ocurre esta situación o bien por el lugar en que se encuentra; ante tal supuesto será procedente otorgar testamento privado.

Trataremos de precisar la hipótesis que se contiene en la fracción III del artículo 1565 del Código Civil.

"Cuando, aunque haya notario o juez en la población, sea imposible o por lo menos muy difícil, que concurran al otorgamiento del testamento".

a) Que haya notario o juez en la población.

Esto significa que exista fedatario en la población en donde se encuentra el testador, esta hipótesis puede darse tanto en cualquier entidad federativa como en el propio Distrito Federal, y no solamente porque el Código Civil sea de aplicación federal atento a lo que dispone en su primer artículo, sino porque varios códigos de los estados han copiado literalmente de este código del Distrito Federal sus disposiciones y concretamente las del testamento privado.

Es por esto que aún cuando en el Distrito Federal sólo puede recibir las disposiciones testamentarias un notario, el encargado del archivo general de notarias, etc., pero nunca un juez puede recibir disposiciones testamentarias de una persona, ya sea que las dicte él o que lo déposite personalmente, en forma

voluntaria.

En nuestra legislación positiva, no contempla la posibilidad de que una persona concorra ante un juez a otorgar su testamento. Es posible que en algún legislación de nuestros Estados pudiera contemplarse el caso de que un juez pudiera estar facultado para recibir disposiciones testamentarias, pero insistimos, en el Distrito Federal ninguna ley autoriza a ningún juez a recibir disposiciones testamentarias. Entre nosotros no se faculta al juez para recibir testamento por alguna persona, salvo cuando se trata de una situación especial, como que alguien se le impide u obliga a testar, en el cual el juez comparece ante tal persona.

No debemos confundir, la facultad que entre nosotros tiene el juez para que se formalice un testamento de una persona que otorga ante testigos, con la facultad que pudiera tener de recibir testamento, mediante comparecencia del testador.

En las entidades federativas pudiera ser necesario que se faculte a un juez para que reciba disposiciones testamentarias ya que los notarios existen solamente o bien en la capital del estado o en las ciudades importantes, y se antoja exagerado pensar que pudiera haber por lo menos un notario en cada municipio o por los menos en cada cabecera de distrito, y que es la que aglomera a varios municipios, para que los habitantes puedan otorgar el testamento ante el notario. Pero como esto en ocasiones no es posible, debe autorizarse al juez de primera instancia para que reciba testamentos a falta de notarios.

En el Distrito Federal y dado el gran número de notarios que

existen, consideramos que no es necesario que el juez pudiera recibir testamento.

b) Sea imposible o por lo menos muy difícil que el notario o juez concorra al otorgamiento del testamento.

En los testamentos privados basta que tres personas presencien el acto en el cual una persona otorgue su testamento en forma clara y precisa y aún más, para los casos de extrema urgencia y cuando los testigos no sepan leer y escribir, el testamento será oral, siendo éste el único caso, dado que todo testamento debe otorgarse por escrito como regla general. En consecuencia, sólo nos referiremos en lo futuro al notario como único fedatario facultado para recibir testamentos y omitiremos mencionar al juez como persona que podría recibir disposiciones testamentarias, como primer exigencia para que tenga validéz un testamento privado que se otorgue conforme a la fracción III que se comenta, es indispensable que el fedatario, le sea imposible poder concurrir ante la persona que desea otorgar testamento, pero es de esperarse que no se trata de cualquier imposibilidad o dificultad, si no que debe obedecer a causas insuperables en el funcionario, ya sea originadas por fuerza mayor o caso fortuito.

Cabe destacar e insistir, en que la interpretación jurídica que ha de darse a esta fracción, será en el sentido de que la imposibilidad o dificultad de que concorra el notario, debe ser de naturaleza realmente insuperable, tal circunstancia deberá probarse por cualquiera de los medios de prueba admitidas por la

ley, pues carecerían de relevancia, el hecho de que algunos de los herederos manifestaran ante el juez de lo familiar, que le fue imposible o muy difícil al notario concurrir ante la persona a recibir las disposiciones testamentarias, pues tal confesión deberá estar apoyada en pruebas de que acrediten indubitadamente la imposibilidad o dificultad de que el notario compareciera existió realmente.

Es incuestionable, de que previo al otorgamiento del testamento privado, se debieron practicar gestiones tendientes a obtener que un notario compareciera ante la persona que ha de otorgar testamento y, si fue imposible o difícil su comparecencia debe hacerse constar en que consistió la imposibilidad o dificultad de su comparecencia, para que el juez esté en aptitud al dictar su sentencia, de calificar si realmente se dió el extremo de la imposibilidad o dificultad de concurrencia de notario, para que en este caso se tenga por otorgado el testamento y su formalización .

Esta circunstancia de la imposibilidad o dificultad de la concurrencia del notario, es de medular importancia, dado que al no concurrir o no probarse dara la pauta que concluya que el testamento otorgado en esas condiciones es inexistente. Es decir, esa circunstancia, en este testamento privado tiene el carácter de elemento esencial o de existencia.

Se repite con mucha frecuencia que nadie esta obligado a lo imposible, tal afirmación viene de que ante lo imposible nadie está obligado y en el caso de la fracción que se comenta en el

testador no esta obligado a hacer comparecer a un notario para que redacte un testamento que desea otorgar.

Es justificado el hecho de que a nadie se le puede obligar a que busque o a que concurra ante un número determinado de notarias, para que un notario se presente ante el que desea otorgar un testamento, es decir, la ley no obliga a nadie a buscar a un notario en toda la ciudad, pero a la vez exige que solamente se otorgue el testamento privado, cuando sea imposible o difícil que un notario se presente para que la persona pueda testar.

Ante lo anterior se concluye que aún cuando la ley no obliga expresamente a nadie a que busque un número determinado de notarios, implícitamente obliga a que se pruebe que se busco al notario y que fue imposible o difícil que alguno compareciera ante el testador.

No se requiere que tal búsqueda a los notarios deba hacerlo la parte legitima en los terminos del articulo 885 del Código de procedimientos Civiles, o sea, por el que tuviera interés en el testamento o por el que hubiera recibido en él algún encargo del testador.

Pero la parte legitima al promover en jurisdicción voluntaria la formalización del testamento, deberá probar que se hizo la busca de notarios y que fue imposible o difícil que comparecieran ante el testador, requisito sin el cual no debe tenerse por otorgado el testamento privado.

No será suficiente que se afirme la imposibilidad o la dificultad de la comparecencia del fedatario y que no fue posible

el otorgamiento del testamento ológrafo.

La imposibilidad o dificultad de que comparezca el fedatario ante el testador, que se funde en que no se tenía dinero en esos momentos para pagar los honorarios del notario, no será válido, ya que el artículo 5o. de la ley del notariado determina que "los notarios no están obligados a prestar sus servicios" III.-Si los interesados no le anticipan los gastos de honorarios, excepción hecha de un testamento en caso urgente el cual será utilizado el notario, sin anticipo de sus gastos y honorarios".

Algo similar establece el artículo 8o. del propio ordenamiento legal en lo que se refiere a los gastos y honorarios del notario, en la cual se establece la cantidad de "cincuenta pesos" si se otorgan en horas ordinarias y en despacho del notario, esto en lo que se refiere en los testamentos ordinarios. Se cobrará otra cantidad superior cuando el acto testamentario se practique en la casa del testador o en el sanatorio donde se encuentre el testador recluido, la cantidad de sesenta y setenta pesos respectivamente. Cuando el testador padezca de enfermedad infecciosa, en el caso anterior pagará al notario la cantidad de trescientos pesos.

De todo lo anterior se desprende que no hay impedimento para que el notario concorra ante el testador cuando éste se haya imposibilitado a comparecer a la notaría por la enfermedad violenta y grave que padezca, sino por el contrario facilidad que el testador sea asistido por el fedatario para que otorgue testamento.

En consecuencia la imposibilidad o dificultad debe provenir por causas insuperables ya sea por fuerza mayor o caso fortuito que impida materialmente que el notario se presente ante el testador y además dada la situación en que se encontraba el testador, que le fue imposible otorgar cualquier otro tipo de testamento, incluyendo el ológrado y además para que se tenga por otorgado tal testamento se requiere, que el testador no haya recuperado el estado de salud necesario para otorgar cualquiera otro testamento, ya sea que la enfermedad que padecía se mantuvo estable o bien agravó el estado de salud del testador, igualmente esta situación deberá probarse indudablemente.

Las tres primeras fracciones del artículo no participan ni aún cuando sea en forma mínima entre sí, ya que se refieren ambas a situaciones diferentes.

Del contenido del artículo 1491 se desprende la exigencia de que los testamentos deben imperativamente cumplir con todos y cada uno de los requisitos que exigen y tratándose de los especiales como es el caso, debe observarse que se cumplan puntualmente, so pena de declararlos inexistentes.

Los requisitos en su mayoría que se exigen, para el otorgamiento del testamento privado son solemnidades, sin cuyo cumplimiento de alguno de ellos el acto testamentario será inexistente.

Todos los requisitos o "formas solemnes" en este testamento, tienen por objeto garantizar el conocimiento real y verdadero de la voluntad del testador, a fin de hacer efectivo al principio de la libre testamentifacción adoptada por nuestra legislación.

Es pertinente destacar que este principio, en cuanto a su ejercicio por los individuos es que, debe normalmente llevarse a cabo a través del otorgamiento de un testamento ordinario, pero reconociendo el legislador que pueden presentarse casos excepcionales en que la expresión de la última voluntad, deberá realizarse mediante las formas especiales del testamento que en el propio código se establece; pero sin que esa especialidad, implique el poder prescindir de formalidades en el otorgamiento de tal testamento; si no por el contrario se establecen requisitos equivalente que se estiman idóneas y áptas para garantizar el conocimiento de la auténtica voluntad del testador, tanto en su expresión como en sus términos. En tales condiciones procede utilizar la forma especial de otorgamiento de testamento, sólo cuando el supuesto que la ley consagra, se presente en los términos específicamente citados en la disposición respectiva, toda vez que la característica particular del testamento privado, es el que obedece a circunstancias excepcionales relativas, ya a la persona del testador o al lugar en que se encuentra.

Consideramos que las anteriores hipótesis previstas en el artículo 1565 ya citado no pueden concurrir cabalmente ambas a la vez, pues son independientes entre sí.

d) Cuarta Fracción.

La fracción IV del citado precepto legal, establece otro supuesto en que está permitido el testamento privado "cuando los militares o asimilados del ejército entren en campaña o se

encuentren prisioneros de guerra".

Esta fracción no se refiere al testamento del militar necesariamente, dado que tal testamento se regula en los artículos 1579 al 1582.

Es decir que si se tratará propiamente del testamento del militar no tendría razón de ser ésta fracción.

No es necesario ser militar para poder otorgar ésta clase de testamento o gozar de éste privilegio. Porque se puede ser asimilado del ejército como puede suceder con los rehenes, los corresponsales, de la prensa ya nacional o internacional, fotógrafos o camarógrafos de los noticieros. Es decir que una persona sin ser militar puede estar en un campo de batalla como asimilado; tal situación será más que suficiente para que pueda gozar del privilegio de otorgar testamento privado.

La presencia de éste civil en el campo de batalla, puede ser intencional, como sería el caso del periodista o corresponsal para cubrir la fuente informativa, pero también puede ser accidental cuando se trata de prisioneros de guerra, que tampoco deba ser necesariamente militar, en tales condiciones y ante el peligro de muerte en que se encuentran, puede otorgar testamento privado.

Al igual que las anteriores hipótesis, debe otorgarse ante la presencia de testigos y redactarse por escrito, salvo que exista imposibilidad de hacerlo de tal manera, en ese caso deberá hacerlo verbal y ante tres testigos en caso de suma urgencia.

En obvio de repetir todos los requisitos, nos remitimos a lo

anterior dado que se trata del testamento privado.

Al igual que los anteriores supuestos en que se pueden otorgar éstos testamentos, tiene validez cuando la persona no puede otorgar otro tipo de testamento ya sea porque se haya herido o por cualquier otra cosa que lo imposibilite otorgar el testamento ológrafo.

Igualmente podemos afirmar que, sólo tendrá validez el testamento que se ha otorgado en tales condiciones siempre que haya muerto en el campo de batalla o no haya recuperado su libertad, ya que es lógico que una vez que ha cesado el estado especial que le ha impedido para otorgar el testamento ordinario, aquel pierde su razón de ser, por lo que debe otorgar otro tipo de testamento. Al respecto el maestro Antonio de Ibarrola (obra citada, pág. 705) dice: "Cuando toda la región de Veracruz era insalubre, más de uno de nuestros militares a ella destinados testaron observando las formalidades normales del derecho civil, aunque haciendo constar que lo hacían por encontrarse en inminente peligro de muerte".

Afirmamos que para que se pueda otorgar el testamento privado en este caso, no se necesita que se haya hecho la declaración formal del estado de guerra, dado que, ésto sería limitar o en ocasiones imposibilitar a la persona que se encuentre en éste caso, que por causas ajenas a él, no se haya hecho la declaración de guerra y se encuentre en esta situación, para nosotros basta que se encuentre en un estado de guerra y sea asimilado del ejército para que pueda otorgar éste testamento.

Lo anterior lo afirmamos porque puede suceder que fuéramos invadidos por un país y que fuera de tal sorpresa que no diera lugar a una declaratoria de guerra por nuestro país o por el invasor, pero al existir ése estado de guerra, será suficiente para que la persona civil que es asimilado pueda gozar de tal privilegio. Tal testamento será válido, siempre que la persona haya fallecido en ése lugar con motivo del estado de cautiverio, cuando sea tomado como rehén.

Como se ha observado, este tipo de testamento ha de otorgarse en casos sumamente especiales, ya que el artículo 1565 del Código Civil lo permite única y exclusivamente cuando se ha dado puntual y estrictamente los supuestos que el precepto invocado establece, es decir la norma que consagra las hipótesis en que resulta procedente el otorgamiento del testamento privado es de carácter limitativo, su otorgamiento se concreta a los casos expresamente permitidos, lo que impide la aplicación por analogía o mayoría de razón a casos o supuestos que no se encuentran perfectamente comprendidos en las hipótesis en que la disposición legal respectivamente establece, y por lo mismo, es necesario que los extremos que cada una de las fracciones exige deberán cumplirse en forma puntual y estricta.

También advertimos que la forma en este tipo de testamento es un elemento esencial y que por lo mismo al no observarse aquellas que lo revisten, origina la nulidad absoluta de dicho testamento.

La razón de lo anterior, salta a la vista dado que este

testamento se otorga en casos excepcionales, ya se trate de que la persona del testador sea atacado de una enfermedad tan violenta y grave que le impida que el notario concorra ante él a elaborar el testamento; o que no haya notario en la población o juez que actúe por receptoría y que ello le impida al testador otorgar testamento ordinario o que habiendo notario o juez en la población exista una imposibilidad o dificultad insuperable de que concorra al otorgamiento del testamento.

De lo anterior, se obtiene que al no darse realmente éstas hipótesis no se tendrá por otorgado el testamento, dado que no se habría observado cumplidamente la ley.

Consideramos que la mayoría de requisitos que para los testamentos privados exige la ley son solemnes, con excepción de la redacción por escrito y el asentamiento del día, hora y fecha de su otorgamiento, siempre y cuando haya sido éste el único testamento que se haya otorgado.

De la lectura del artículo que se comenta, nos percatamos de que, las cuatro fracciones que se contienen, regula situaciones diferentes y por lo tanto independientes entre sí, es posible que la fracción primera y la tercera pudieran concurrir o coexistir pero no necesariamente.

Este tipo de testamento y todos los demás han de otorgarse necesariamente por escrito como regla general pero, toda regla tiene su excepción y en este caso tratándose de los testamentos privados se permite que no se cumpla con el requisito de la redacción por escrito cuando ninguno de los testigos sepa

escribir y tratandose de casos de suma urgencia.

2.- Formas requeridas para el testamento privado.

a) Redacción por escrito. Para que se acepte el testamento en forma oral, es necesario que exista una imposibilidad absoluta de que el testador o los testigos puedan redactar por escrito el acto testamentario.

Con la redacción por escrito del testamento se pretende dar seguridad al propio testador de que su voluntad expresada ha de cumplirse tal y como fueron ordenados. Es importante que todos los testamentos se otorguen por escrito, ya que se advierte que en ocasiones los testigos distorcionan la verdadera voluntad del testador, tal distorsión pudiera ser intencionada o no, por lo menos existiría la sospecha de que tales declaraciones de los testigos no sería la voluntad del testador, esta afirmación la sostenemos con base en lo siguiente.

Cuando un testamento se elabora por escrito surgen en ocasiones la dificultad para interpretar y esto sucede con mucha frecuencia que la voluntad del testador se trata de interpretar en la forma en que le beneficia al que lo interpreta o parte legítima y por lo tanto da motivo a muchos litigios.

Si en un testamento escrito surgen dificultades para interpretar cual ha sido la voluntad del testador, con mayor razón y más grave sucederá con un testamento en el cuál no se contiene plasmada objetivamente la voluntad del testador.

Es incuestionable que este testamento es de suyo peligroso su otorgamiento y que se puede prestar a actos fraudulentos, pero

sin que tales actos fraudulentos sean exclusivos de los actos testamentarios sino situaciones de hecho, pero no por ellos debe suprimirse el otorgamiento en forma oral, sino por el contrario debe existir y los jueces de lo familiar, así como el agente del ministerio público deben poner especial cuidado al formalizarse el testamento, que se hayan cumplido estrictamente los requisitos que para ellos se exige.

Es indudable que el litigante desempeña una función importante en la formalización o validez de un testamento privado, dado que su deber le impone de velar por el exácto cumplimiento de la ley, debe observarse porque se cumpla estrictamente y no debe moverlo otro interés que el de ser vigilante celosos de la ley, en estas condiciones es necesario que se exiga que se cumplan los requisitos que para el testamento privado se requiere. Como ya lo sostuvimos anteriormente, el testamento privado otorgado puede generar litigios, pero esto no es suficiente para que por ese hecho desapareciera de nuestra legislación tan importante institución jurídica.

La generalidad de testamentos exige la redacción por escrito siendo la primera y fundamental solemnidad exigida, éste carácter solemne de los testamentos no sólo se exige en los ordinarios, sino también en los especiales y que tiene por objeto garantizar el conocimiento real y verdadero de la voluntad del testador, con la finalidad de que se cumpla su auténtica última voluntad, haciendo efectivo el principio de la libre testamentifacción adoptada por nuestra legislación. El

hecho de que se permite otorgar testamento en forma oral, no implica, el que se pueda prescindir de formalidades que son esenciales en el otorgamiento del testamento, sino por el contrario, se establecen formas equivalentes que se estiman idóneas y aptas para garantizar el conocimiento de la auténtica última voluntad del testador, tanto en su expresión como en sus términos.

Para que se pueda otorgar el testamento en forma oral, ha de concurrir la circunstancia de que ninguno de los testigos que presenciaron el acto sepa escribir y que no fue posible llamar a otro que sí supiera escribir, pero además que se trate de suma emergencia por el estado de salud en que se encuentre el testador, requisitos que al no concurrir no darán origen a la validéz de un testamento privado otorgado en forma oral, dicho de otro modo, al no reunir tales requisitos, producirá la inexistencia del testamento por haberse otorgado en contravención a las formas prescritas por la ley, conforme a lo que dispone el artículo 1491 del Código Civil.

Además en el testador debe existir claramente su voluntad de otorgar testamento y expresarlo cumplidamente, de tal suerte que no exista duda al respecto.

Como ya hemos apuntado antes, la redacción por escrito de los testamentos, es requisito fundamental dado que sólo de esa forma se tendrá la plena seguridad de que se ha captado fielmente la voluntad del testador. cuando un testamento se otorga en la forma normal y ordinaria, se tiene la presunción de que es real.

y verdaderamente la voluntad del testador la que se haya plasmado en tal testamento.

También ya apuntamos, la forma en los testamentos es esencial, atento a lo que establece el artículo 1491 del Código Civil: "El testamento es nulo cuando se otorga en contravención a las formas prescritas por la ley".

De lo anterior consideramos que la primera y fundamental formalidad que exige nuestra legislación, es la dispensada por escrito del testamento, esta formalidad persigue proporcionar certeza en cuanto a su otorgamiento y a las disposiciones en el contenido, para que haga posible cumplir fielmente la última voluntad del autor de la sucesión. La importancia que reviste es de acuerdo con el tipo de testamento que se otorgue, así esta formalidad se encuentra en algunos casos dispensada, por ejemplo, cuando se trata de el testamento privado como en este caso, pero en el testamento ológrafo su requisito es esencial, teniendo el carácter este requisito de forma solemne.

Ya señalamos que la falta de redacción por escrito del testamento puede generar un sin fin de litigios, dado que se tienen problemas de interpretación cuando la voluntad del testador se hace por escrito, con mayor razón cuando esta voluntad se deja confiada a la mente de los testigos que fácilmente podrían olvidar, con el consecuente perjuicio a terceras personas, sobre todo cuando se crean derechos reales, que sería difícil determinar las características, circunstancias, duración y alcance de ellos; si se trata de servidumbre hipoteca o

usufructo y que a alguien se le conceda la nuda propiedad de cierto inmueble.

b) Oral. Por cuanto se refiere al testamento oral sólo es permitido en los testamentos privados, y cuando se trata del testamento militar, ambos especiales. Pero para que tenga validéz tales testamentos se requiere que exista una imposibilidad real y objetiva de otorgarlo por escrito, el fundamento que de su otorgamiento verbal se admite, lo tenemos en los artículos 1568 y 1582 respectivamente el estipular: "no será necesario redactar por escrito el testamento cuando ninguno de los testigos sepa escribir y en los casos de suma urgencia".

"Si el testamento hubiere sido otorgado de palabra, los testigos instruirán de él desde luego al jefe de la corporación, quién dará parte en el acto al Ministerio de Guerra (ahora Secretaria de la Defensa Nacional) y éste a la autoridad judicial competente, a fin de que se proceda, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos del 1571 al 1578."

Salvo estos casos, el testamento deberá otorgarse por escrito. Otra formalidad en los testamentos es la presencia de testigos, que como se observa, en todos los tipos de testamento deben concurrir al otorgamiento.

c) Presencia de testigos.

Por cuanto a lo que se refiere a los testigos, su presencia es

ad solemnitatem y no ad probationem. El maestro Antonio de Ibarrola (obra citada, pág. 669) dice: "Los testigos son uno de los elementos esenciales, integrantes de la solemnidad". "Valverde opina que es un requisito de solemnidad más que de prueba, un requisito esencial de la forma. El autor está de acuerdo con nuestro pensamiento. DE lo contrario, se aplicaría simple y sencillamente la regla jurídica de Santo Tomás: fides est de non visis: la fé se refiere a las cosas que no vemos. De las que ven nuestros ojos, no necesitamos testigos. Si el testigos testamentario fuere requerido por el Código simplemente ad probationem, bastaría al interesado probar en cualquier forma el contenido de un testamento".

Sigue diciendo: "para Chironi el testigo es un pequeño notario; para Laurent representa a la sociedad y para Zacharias es el depositario de la potestad pública. "Lo cierto es que realiza una función social de notoría importancia. Es auxiliar de la justicia" (Ibarrola pág. 699).

La presencia solemne de los testigos es la finalidad de crear una garantía de autenticidad y verdad del negocio, aduciendo personas que puedan dar testimonio del proceso del otorgamiento y el contenido de lo declarado durante el acto testamentario.

Los testigos no se distinguen de los otros medios de prueba, sino cuando su aducción ha sido convertida en una elemento constitutivo esencial del negocio, a fin de que la prueba no pueda faltar regularmente.

Del contenido del artículo 1519 se deduce que todas las personas

que intervienen en el otorgamiento han de estar presentes durante todo él.

Sigue apuntado el maestro De Ibarrola (obra citada, pág. 670) "La intervención de los testigos instrumentales en número y calidad (BI,55) no sólo es exigible en razón de su testimonio, sino precisamente como riguroso y rígida solemnidad formal, por lo que al defecto extrínseco que a la misma se refiere se transforma en vicio esencial que anula radicalmente el testamento. Si los testigos no concurren a la manifestación de voluntad del causante en el testamento abierto o a la entrega y consiguiente declaración en el cerrado, propiamente no llega a nacer el negocio jurídico mortis causa. Tampoco basta la mera presencia física sino que es preciso que el testigo vea y entienda lo que ante él se realiza".

La ley exige ciertos requisitos para que una persona tenga la calidad de testigo. Así tenemos que se requiere que el testigo sea idóneo, es decir que no éste impedido por la ley.

De la lectura del artículo 1502 del Código Civil se desprenden que hay personas que no pueden ser testigos por incapacidad ya absoluta o relativa.

Incapacidad Absoluta.

- a) Los menores de dieciséis años;
- b) Los ciegos, sordos y mudos;
- c) Los que no esten en su sano juicio;

d) Los que hayan sido condenados por el delito de falsedad;

Incapacidad Relativa.

- a) Los amanuences del notario que lo autorice;
- b) Los que no entiendan el idioma que habla el testador;
- c) Los herederos o legatarios; sus descendientes, ascendientes, cónyuge o hermanos.

El concurso como testigo de una de las personas a que se refiere esta fracción sólo produce como efecto la nulidad de la disposición que beneficia a ella o a sus mencionados parientes. Insistimos, como ya lo apuntamos antes, en los testamentos públicos abiertos, la presencia de los testigos debiera suprimirse, ya que al intervenir el notario público, que en razón de la fé pública de que goza y que no es otra cosa que se tienen por ciertos las afirmaciones que el mismo hace, estimamos que no tiene razón de ser la presencia de los testigos.

Es diferente cuando se trata del testamento ológrafo o el privado, como lo es el presente caso, en el cual sí es requisito esencial, dado que son de medular importancia su presencia, y por demás justificada su asistencia.

Es decir, que en el testamento privado es fundamental la presencia de testigos, ya que para conocer la autenticidad del testamento otorgado y sus alcances, es indispensable el testimonio de la persona que estuvo presente en su otorgamiento,

que es el único con que se cuenta, resultando en consecuencia, que de la expresión de la última voluntad de una persona y, con fundamento en ella, hacer cumplir dicha última voluntad expresada.

No está por demás recordar que testigo es la persona que sabe y le consta los hechos sobre lo que va a declarar, porque los hechos los ha percibido en forma directa mediante sus sentidos. De entre los testigos se elegirá el que debe redactar el testamento cuando esté imposibilitado el testador para hacerlo, es decir, no sólo será testigo, sino será redactor al propio testamento en determinados casos.

Nuestra legislación exige en principio la presencia de cinco testigos, pero en los casos de suma urgencia bastarán tres, es decir, que la filosofía adoptada es de que no es importante el número de testigos, sino el testimonio.

En los testamentos privados, los testigos tienen una gran importancia, pues no sólo se trata de probar la autenticidad y contenido, sino también cuales fueron las circunstancias que concurrieron en el momento de otorgamiento, circunstancias que a veces pudiera producir hasta la nulidad del acto testamentario. Sigue diciendo el maestro De Ibarrola (obra citada, pág. 669) "Aún cuando los testigos del testamento sean meros testigos "de solemnidad" (solemnitätzzeugen), con todo (BI, 37), esto no prueba que sean simples figuras decorativas (Schillossmann, Altröm, Schuldrecht pág 84 y segs.). Antes bien el significado de la exigencia de ésta solemnidad, es crear una garantía de

autenticidad y verdad del negocio aduciendo personas que puedan dar testimonio del proceso del otorgamiento y el contenido de lo declarado durante él. Así los testigos testamentarios no se diferencian de los otros medios de prueba sino que su aducción ha sido convertida en un elemento constitutivo esencial del negocio, a fin de que la prueba no pueda faltar regularmente".

Los testigos deben ver y oír a los otorgantes, para poder precisar los hechos y circunstancias del acto testamentario, también deben entender el contenido del instrumento o acto que autorizan con su presencia, intervención y firmas, pues de lo contrario se expondrían a ser testigos falsos, deben estar presentes durante todo el tiempo que dure el otorgamiento, sin perder detalle alguno, dado que deben cerciorarse de que la voluntad de las partes no han variado en todo ni en parte, y en caso contrario, como en qué y bajo qué nuevas condiciones. Existen testigos instrumentales y testamentarios, siendo los primeros aquellos que intervienen en la elaboración de cualquier documento o instrumento en que la ley requiere de tales personas, es decir que sirven para verificar un acto jurídico. El testigo testamentario, es aquel que presencia la redacción o depósito de un testamento.

En cuanto a lo que debe declarar el testigo al formalizarse el testamento lo abordaremos en otro apartado posteriormente.

3.- Aspectos que deben observarse (Artículo del 1512 al 1519 del Código Civil).

Por cuanto a lo que se refiere a los aspectos que deben

observarse al otorgar el testamento privado, sostenemos lo siguiente:

El artículo 1570 del Código Civil exige que al otorgarse el testamento se observen las disposiciones contenidas en los artículos del 1512 al 1519 del propio ordenamiento legal.

Existen requisitos ulteriores que la ley exige deben observarse al respecto nos permitimos transcribir los artículos en cita.

Artículo 1512 "El testador expresará de un modo claro y terminante su voluntad al notario y a los testigos.

El notario redactará por escrito las cláusulas del testamento sujetandose estrictamente a la voluntad del testador, y las leerá en voz alta para que éste manifieste si está conforme. Si lo estuviere, firmarán todos el instrumento, asentándose el lugar, año, mes, días y hora en que hubiere sido otorgado".

Al respecto el maestro Antonio de Ibarrola (obra citada, pág. 684) dice: "¿Qué se entiende por la frase REDACTARA POR ESCRITO? Dorja Soriano, en los testamentos públicos abiertos que ante él se otorgaban, acostumbró en un tiempo escribir PERSONALMENTE en el protocolo las cláusulas que dictaba el testador. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto que los notarios NO ESTAN OBLIGADOS A ESCRIBIR DE PUÑO Y LETRA EL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO, sino que basta que sea redactado por escrito (ver ejecutoria de 14 de enero de 1928, en el asunto AMADO DE HARO, que esta reproducida en varias de las ediciones del Código Civil actual)".

"1513. Si alguno de los testigos no supiere escribir firmará

otro de ellos por él, pero cuando menos deberá constar la firma entera de dos testigos."

"1514. Si el testador no pudiere o no supiere escribir, intevendrá otro testigo más, que firme a su ruego".

El maestro De Ibarrola (obra citada, pág. 685) dice: "Opina con razón José G. Arce Cervantes que hubiese sido prudente para que el caso de que el testador no sepa firmar haberle exigido que imprimiese su huella digital en términos análogos a lo prescrito por el artículo 1834 en su segundo párrafo que dice: "Si alguno de ellas (las personas que han de suscribir un contrato) no puede o no sabe firmar, lo hará otra a su ruego y en el documento se imprimirá la huella digital del interesado que no firmo".

"1515. En el caso de extrema urgencia y no pudiendo ser llamado otro testigo, firmará por el testador uno de los instrumentales, haciéndose constar ésta circunstancia".

"1516. El que fuere enteramente sordo, pero que sepa leer, deberá dar lectura a su testamento; si no supiere o no pudiere hacerlo, designará una persona que lo lea a su nombre".

1517. Cuando sea ciego el testador, se dará lectura al testamento dos veces: una por el Notario, como está prescrito en el artículo 1512, y otra, en igual forma, por uno de los testigos u otra persona que el testador designa".

"1518. Cuando el testador ignore el idioma del país, si puede escribirá de su puño y letra su testamento, que será traducido al español por los dos intérpretes a que se refiere el artículo

1503. La traducción se transcribirá como testamento en el protocolo respectivo y el original se archivará en el apéndice correspondiente del Notario que intervenga en el acto.

Si el testador no puede o no sabe escribir, uno de los intérpretes escribirá el testamento que dicte aquél, y leído y aprobado por el testador, se traducirá al español por los dos intérpretes que deben concurrir al acto; hecha la traducción se procederá como se dispone en el párrafo anterior. Si el testador no puede o no sabe leer, dictará en su idioma el testamento a uno de los intérpretes traducido por los intérpretes, se procederá como dispone el párrafo primero de éste artículo".

"1519. Las formalidades se practicarán acto continuo y el notario dará fé de haberse llenado todas."

El artículo antes citado exige la continuidad del acto testamentario, pero debe entenderse como la unidad de contexto, que significa, que no se mezclen en el testamento, actos diversos a su objeto, como podrían ser la celebración de otros actos jurídicos dentro del acto testamentario, y que sería grave distraer la voluntad del testador, obligándola a ocuparse de actos o contratos diversos del testamento. La unidad del acto no significa que por la gravedad del testador u otra causa urgente por parte del Notario o por cualquiera de los testigos dejan en algún momento de estar allí y después vuelva a continuar. Ha dicho al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación que: "La circunstancia de que los testigos hayan firmado un testamento en la pieza contigua a la que tuvo verificativo

aquél, no es causa de nulidad del mismo, fundándose en que con ello se rompe la unidad del acto, porque tal hecho no afecta de modo esencial la voluntad del testador hecha constar en el testamento contenido, pues la ley al hablar de la unidad del acto, se refiere como es natural a lo que es esencial, o sea, a que la expresión de la última voluntad del testador no se haga en distintos momentos". (Semanario Judicial pág. 742, Tomo LVIII-17 oct. 1938).

Resumiendo lo anterior, diremos que los artículos del 1512 al 1519 establecen que el testador expresará de un modo claro y terminante su voluntad al notario y a los testigos; que en caso de extrema urgencia y no pudiendo ser llamado otro testigo, firmará por el testador uno de los instrumentales, haciéndose constar ésta circunstancia y que las formalidades se practicarán acto continuo y el notario dará fé de haberse llenado todas; que faltando alguna de las referidas solemnidades quedará el testamento sin efecto consecuentemente, como imperativamente lo dispone el artículo 1520 del propio ordenamiento civil.

4.- Formalización del testamento para su validez.

Una vez otorgado el testamento ante la presencia de los testigos ya sea oral o escrito, se procederá a formalizarlo ante el juez de lo familiar como lo ordena los artículos 1572 en relación con el 1575 del Código Civil y 884 del Código de procedimientos civiles.

El artículo 1572 del Código Civil establece: "El testamento

privado necesita, además para su validez que se haga declaración a que se refiere el artículo 1575, teniendo en cuenta las declaraciones de los testigos que firmaron u oyeron, en su caso, la voluntad del testador".

Es decir, que, una vez otorgado el testamento ante la presencia de los testigos por el testador, ya sea oral o escrito, se requiere que se presenten los testigos ante la presencia del juez de los familiar, para declarar, sobre el contenido y las circunstancias en que se ha otorgado el citado testamento.

La declaración de los testigos debe ser de tal manera, que no deben omitir circunstancias sobre el acto testamentario, debiendo poner especial cuidado sobre éste particular tanto el juez como el Agente del Ministerio Público adscrito a ése juzgado, dada la trascendencia y significación que implica la declaración de ser formal un testamento privado.

El artículo 1575 preceptúa: "si los testigos fueron idóneos y estuvieron conformes en todos y cada una de las circunstancias enumeradas en el artículo que precede, el juez declarará que sus dichos son el formal testamento de la persona de quien trata".

Lo anterior significa que otorgado el testamento, se debe concurrir ante el juez, para otorgarle la forma y tenga plena validez o al menos se haga la declaración de que el testamento que ha sido otorgado con antelación, es real y verdaderamente la voluntad del de cujus. El termino formalización, no es otra cosa que, el darle la forma que para ello exige la ley al

testamento privado y tenga plena validez, sin que ello signifique que no pueda ser impugnado de falso, nulo o inexistente.

a) Pedimento de los interesados.

Para que el testamento privado sea formalizado, se requiere que se haga el pedimento por parte legítima ante el juez de lo familiar, así lo ordena el artículo 884 del Código de Procedimiento Civiles al decir: "a instancia de parte legítima formulada ante el juez del lugar en que se haya otorgado, puede declararse formal el testamento privado de una persona, sea que conste por escrito o solo de palabra en el caso del artículo 156B del Código Civil".

Nuestro sistema jurídico acoge el sistema de que el juzgador actúa generalmente a instancia de parte.

Para que se mueva todo el engranaje judicial, se requiere que, el interesado lo solicite. Son casos especies y aislados cuando la ley autoriza al juez que actúe de oficio, sobre todo tratándose de menores y de alimentos en las contraversias del orden familiar, en los términos de los artículos 940 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles. Aunque es bien sabido que en la práctica no sucede, ya quisieran los jueces acabar con la cantidad de trabajo que tienen acumulado en sus juzgados.

El término "tribunal" utilizado en el artículo 884 del Código de Procedimiento Civiles, es equivocado, dado que no se trata de un

organo colegiado, sino de un juzgado.

No cualquier persona está autorizada a promover en jurisdicción voluntaria la formalización de un testamento privado, ya que sólo puede hacerlo la parte legítima, entendiéndose por tal "El que tuviere interés en el testamento; el que hubiere recibido en él algún encargo del testador." Así lo dispone el artículo 885 del Código de Procedimiento Civiles.

Estimamos que nadie más puede estar interesado en que se formalice un testamento que las citadas personas. Durante la tramitación, los interesados deben probar que se han dado cabalmente el supuesto exigido por la ley, para que se haya otorgado el testamento, de los supuestos que contemplan las fracciones de la I a la IV, según el caso, del artículo 1565 del Código Civil.

b) Concurrencia ante el juez.

La solicitud que se hace al juez, por la parte legítima, de que se formalice un testamento privado es mediante una figura procesal, llamada jurisdicción voluntaria, siendo aquella en que se "comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas". Así lo establece el artículo 893 del Código de procedimientos civiles. Si a ello le agregamos lo que establece en el artículo 10. del Código de procedimientos civiles: "sólo puede iniciar un procedimiento judicial o intervenir en él quien tenga interés en que la autoridad

judicial declare o constituya un derecho o imponga una condena y quién tenga el interés ajeno".

Con la jurisdicción voluntaria se pretende que se declare o constituya un derecho por la autoridad judicial, pero no existe en ella controversia.

Existen actos, fuera de juicio, antes de juicio, dentro de juicio y después de concluido un juicio.

En la jurisdicción voluntaria se realizan actos fuera de un juicio, entendiendo la palabra juicio, como sinónimo de proceso o procedimiento. En éste orden de ideas, los actos realizados en jurisdicción voluntaria, no producen efecto legal alguno respecto de las personas que no han intervenido en ellas. Es decir que cuando se tramita en jurisdicción voluntaria la formalización del testamento privado y dado que en ellos no hubo controversia y si a juicio de otra persona, el testamento de que se trata, no ha sido otorgado conforme a la ley, no puede oponerse a las diligencias o ahí promover la nulidad de tal testamento, sino debiera hacerlo en la vía ordinaria, dado que en la jurisdicción voluntaria, repetimos, no existe controversia.

c) Declaración de los testigos.

La presencia de los testigos ante el otorgamiento del testamento es de vital importancia, dado que es lo único que se tiene para saber el contenido y las circunstancias en que se dictaron las disposiciones testamentarias y mediante ellos sabremos si efectivamente se dió el supuesto que exige la ley para que se otorgue testamento privado. Como ya tratamos a los testigos en

cuanto a sus cualidades, ahora hablaremos del contenido de sus testimonios. El testimonio que rinden es tan importante como la capacidad o requisito de que debe reunir la persona para que pueda ser testigo.

Acerca del otorgamiento del testamento privado ¿Qué va a declarar el testigo?

El artículo 1574 del Código Civil es perfectamente claro y categórico, al exigir que los testigos que concurren a un testamento privado deberán declarar circunstanciadamente; es decir, sin que omitan circunstancia o particularidad sobre:

"I. El lugar, la hora, día, mes y año en que se otorgó el testamento" No debemos perder de vista que la ley exige para éstos casos la asistencia de cinco testigos, pero en casos de suma urgencia tres por lo menos. Todos los testigos deben declarar uniformemente sobre tales particularidades, pues la disparidad en sus declaraciones hará que se tengan por falsos y por no otorgado el testamento.

Hay tratadistas que estiman que sobre estas particularidades no debe exigirse que coincidan rigurosamente, dado que no afecta sustancialmente el acto testamentario, el que alguien diga que se otorgó el testamento a las siete de la mañana y otro a las siete treinta y otro a las ocho de la mañana, no debe tener relevancia y por lo tanto no debe, por ése sólo hecho tenerse por no otorgado el testamento.

Consideramos que la anterior circunstancia debe declararse uniformemente, pues si bien es cierto de que puede no afectar el

contenido, ni el acto testamentario, es importante para llegar a la conclusión de que los testigos no son falsos. Es decir, que por el hecho de que los testigos no coincidan en la hora del otorgamiento del testamento, no debe concluirse que no se otorgó el testamento, pero si puede influenciar junto con otras circunstancias en que no coincidan.

La declaración de los testigos deben ser uniformes y para que sea procedente la declaración de ser formal el testamento por el juez, es indispensable y que además de que los testigos sean idóneos, deben ser conformes en todos y cada una de las circunstancias que se citan en el artículo 1574 del Código Civil.

"II. Si reconocieron, vieron u oyeron claramente el testador. De los anterior se desprende que los testigos deben declarar si reconocieron al otorgante; tal reconocimiento debe ser en el sentido de que al testador lo conocen y lo reconocen, es decir, deben declarar sobre la identidad del otorgante, declarando que lo conocieron y aún más que lo conocían con anterioridad, al otorgamiento del testamento. La identidad del testador es exigida en los artículos 1504, 1505 y 1506 del Código Civil.

Esta fracción en su disposición, está exigiendo los requisitos que deben concurrir en una persona, para que tenga la calidad de testigo; es decir, el testigo debe conocer los hechos sobre lo que va a declarar en forma directa, percibiéndolos por medio de sus sentidos o sea, el testigo debe palpar, oír, oler, ver y gustar, según las circunstancias de los hechos sobre los que van

a declarar, pues una persona que conoce los hechos de oídas, no puede ser testigo. Los testigos deben declarar sobre la identidad del testador, manifestando que lo conocen.

Es por eso que el contenido de esa fracción, es con el fin de saber si el testigo estuvo o no presente a la hora de otorgarse el testamento ante el testador.

"III. El tenor de la disposición".

Tratándose de los testamentos otorgados en forma verbal presenta algunas complicaciones, sobre todo cuando las disposiciones son varias y varios los bienes inmuebles ubicados en lugares diferentes, varios los herederos y si ha ello le agregamos, que en tal testamento se contenga hipotecas, usufructos, nuda propiedad, legados, cargas, reconocimiento de hijos, declaraciones y determinaciones sobre de quienes ha de recaer el cumplimiento de las mismas y las porciones que han de corresponderle tanto a herederos como legatarios. Lo anterior presentará problemas en los testigos que deben declarar sobre la circunstancia del tenor de las disposiciones testamentarias.

IV. Si el testador estaba en su cabal juicio y libre de cualquiera coacción".

Además de la identidad del testador, se requiere que los testigos se cercioren de que el testador se encontraba en su cabal juicio a la hora de otorgar el testamento y libre de toda coacción, ya sea físico o moral.

Por lo que se refiere a la capacidad de ejercicio, debe existir necesariamente para tener la aptitud de disponer de sus bienes,

ya que sin ello no será posible. Consideramos que no sería suficiente sólo la declaración de los testigos sobre la capacidad del otorgante sino que ésta debe estar apoyada en un certificado médico, para evitar cualquier anomalía y además la declaración del facultativo en la jurisdicción voluntaria.

Los requisitos de la capacidad y de la libertad de que debe gozar el testador, siempre origina la nulidad del testamento, ya que son esenciales en este y los demás testamentos, existen como imperativo categórico y su falta de observancia lleva aparejada la nulidad del testamento otorgado en tales condiciones.

"V. El motivo por el que se otorgó el testamento privado".

Como ya hemos manifestado, el testamento privado se consagra solo para determinados casos y circunstancias muy especiales que pueden referirse tanto a la persona del testador, como al lugar en que se encuentra, lo que implica que este testamento solo podrá ser utilizado de manera subsidiaria, cuando no sea posible hacer uso de las formas ordinarias del testamento y además que no sea posible hacer testamento ológrafo. Esta dificultad o imposibilidad deben ser insuperables.

Los testigos no deben omitir circunstancia o particularidad del testamento privado que se otorgó y decir porqué realmente existió la dificultad o imposibilidad insuperables para haberse otorgado un testamento ordinario.

De la declaración de los testigos se concluirá si se dieron los supuestos que para ello exige la ley, debiéndose poner especial cuidado en eso tanto el juez, el ministerio público, así como

cualquier persona que sea parte legítima en los términos del artículo 885 del Código procesal, quien pedirá la nulidad del testamento en el caso de no haberse observado las exigencias que para el testamento privado se requiere.

"VI. Si sabe que el testador falleció o no de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba".

Es preciso para que el testamento se tenga por otorgado que el testador no haya recuperado la salud, ya que al haberse recuperado estaría en aptitud de otorgar testamento ordinario y el que se haya otorgado en condiciones especiales ya no tendrá valor.

Se requiere para la validez del testamento privado, que el testador fallezca de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba. En lo que no estamos de acuerdo es que se dé un mes después de que desaparezca "la causa que lo autorizó", es decir que la ley reconoce la validez de un testamento privado si el otorgante fallece dentro de un mes en que desaparece la enfermedad o el peligro en que se hallaba al otorgar el testamento; nuestro punto de vista es que, esta última parte del artículo citado se opone al verdadero espíritu y naturaleza del testamento privado, ya que un mes después de desaparecida la enfermedad o el peligro en que se hallaba, bien se puede otorgar el testamento ordinario.

Los testigos además de sus declaraciones circunstanciadas sobre el contenido de las fracciones acabadas de comentar, se exige que sean idóneos, que sean conformes en todas y cada una de las

circunstancias o particularidades, que sean contestes y sus testimonios no pueden ser apreciados en otro sentido, ya que se trata de un acto solemne y por la trascendencia que implica la disposición del patrimonio." Al no reunirse éstos requisitos, sencillamente no existe el testamento privado.

d) Fundamento de la presencia del juez.

La presencia del juez en la formalización del testamento privado es por disposición de la ley, tal y como lo disponen los artículos 1575, 1572 y 1573 del Código Civil, en relación con los artículos 884, 885 y 886 igualmente relacionado con el artículo 893, ambos del Código de procedimientos civiles.

El artículo 893 antes citado, establece que mediante la jurisdicción voluntaria se requiere la intervención del juez para que se declare o constituya un derecho, como también lo establece el artículo 10. del propio ordenamiento legal.

La ley ordena que una vez que una persona ha dictado sus disposiciones de última voluntad, en condiciones especiales, ante la presencia de cinco o tres testigos, según sea el caso, ya se trate de un testamento escrito o de palabra, se requiere para su validez, que los testigos se presenten ante el juez de lo familiar del lugar en que se testó a declarar sobre las circunstancias de su otorgamiento, debiéndose observar cabalmente, el contenido de los artículos 1574 y 1575 del Código Civil y los artículos 884 y 886 del Código Procesal.

Los testamentos privados por virtud de su otorgamiento en condiciones especiales, se ha requerido tener certeza, tanto de

su otorgamiento como de que se han cumplido las exigencias que para ello se requiere y qué mejor que el poder judicial sea el que se encargue de tal función importante.

El criterio judicial en estos testamentos es bien delicada su aplicación, debiéndose tener un cuidado especial para no incurrir en injusticias en que se llegase a declarar formal un testamento que en la práctica no se haya otorgado ó viceversa.

e) Asistencia del Ministerio Público.

La presencia del ministerio público en los testamentos privados haya su fundamento en el artículo 895 y 886 del Código Procesal.

El ministerio público, es el representante de la sociedad y tiene el deber derivado de la ley, para que intervenga en los asuntos que afecte alguno de sus miembros de la sociedad y en el caso de los testamentos privados es indudable, que además de que se trata de los bienes de un ausente (por virtud de la muerte) así lo dispone el artículo 886 del Código procesal y su presencia es con el fin de repreguntar a los testigos que presenciaron el acto testamentario y en el caso de que a su juicio considere que no se han reunido los supuestos para el otorgamiento de este testamento y que el juez haya declarado formalizado tal testamento debe apelar la sentencia porque así le ordena la ley.

f) Idoneidad de los testigos.

Nuestra ley exige como requisito para la validez del testamento privado que los testigos que hayan concurrido al acto, sean idóneos. La exigencia de que en actos de esta naturaleza

concurran personas idóneas, significa que deben ser personas capaces conforme a la ley; dicho en otros términos, la idoneidad significa que son aquellas personas que no les prohíbe la ley actuar como testigos. El artículo 1575 del Código Civil exige la idoneidad en los testigos que concurran al acto testamentario, con el fin de confirmar la autenticidad de la expresión de la voluntad del otorgante, prohibiendo que sean personas que por sus características puedan tener interés en la sucesión, ya sea por su calidad de herederos o legatarios o por otras razones que afectasen su imparcialidad en el acto, tal y como lo establece el artículo 1502 del Código Civil, que señala expresamente a las personas que están impedidas para actuar como testigos de un acto testamentario.

Del artículo 1575 del Código Civil se concluye que si al acto testamentario, concurre una persona no idónea, origina la nulidad parcial del testamento de que se trate.

La idoneidad que se exige en los testigos tratándose del testamento privado, tiene consecuencias diferentes que el testamento público ya sea abierto o cerrado, ya que en estos, al intervenir el notario público, el cual está investido de Fé Pública y que por tal motivo consideramos, que no es tan indispensable la idoneidad en los testigos, pues la función notarial queda completa sin tal requisito de los testigos, pues repetimos, la fé del notario no puede ser suplida por un número indeterminado de testigos. Pero tratándose de los testamentos privados, la idoneidad de los testigos debe ser entendida en esos

terminos y no de otra manera.

5.- Sentencia de declaración de ser formal el testamento privado.

El propio artículo 1575 del Código Civil establece que "si los testigos fueron idóneos los que intervinieron en el acto testamentario y estuvieron conformes en todas y cada una de las circunstancias enumeradas en el artículo que precede, el juez declarará que sus dichos son el formal testamento de la persona de quien se trate".

Es decir, que al otorgarse el testamento privado, en los casos en que expresamente autoriza la ley y ante la presencia de los testigos idóneos, el testador otorga su testamento ya sea en forma escrita o de palabra y que el testador haya fallecido sin haberle sido posible otorgar otro tipo de testamento, la parte legítima debe pedir ante el juez del lugar en que se otorgó el testamento, se declare formal y se haga constar por escrito las disposiciones testamentarias que se hayan dictado con anterioridad, al citar a los testigos, deberán citar también al ministerio público para que al igual que el juez pregunten y repregunten a dichos testigos sobre las circunstancias o particularidades que se precisan en el artículo 1574 y si de la declaración de los testigos se obtiene que han sido conformes en cada una de las circunstancias ya citadas, que sean contestes y además sean idóneos, el juez debe dictar una resolución en la que se diga que una vez que se han reunido cabal y cumplidamente

los supuestos de la ley, se tiene por otorgado el testamento privado de la persona de quien se trata, además previamente debe pormenorizar las actuaciones judiciales tanto en sus resultandos como en sus considerandos.

La declaración de ser formal el testamento privado se encuentra regulado en el código procesal civil en su capítulo XI, que comprende los artículos del 884 al 887.

6.- Efectos que produce la oposición ante el juez de que se formalice el testamento por un consanguíneo del de cuius.

Ya se ha dicho que el procedimiento ante el juez para que se formalice el testamento privado, se lleva a cabo mediante jurisdicción voluntaria y en dicho procedimiento puede suceder lo siguiente:

1.- Al iniciarse dicho procedimiento, no sean enteradas las personas que, conforme al artículo 1602 del Código Civil tienen derecho a heredar.

2.- Que siendo enteradas las anteriores personas por cualquier medio, ninguna de ellas aparezca como heredero o legatario.

Con mucha frecuencia se observa en la práctica, que se inician procedimientos en jurisdicción voluntaria ante el juez, para que se formalice un testamento privado que se dice otorgó tal o cual persona, dichas afirmaciones son falsas y en el mayor número de casos aparecen como herederos o legatarios personas ajenas al difunto y al suceder esto, lógicamente no se notifica legalmente a las personas que se señalaban en el artículo 1602 del código

civil y en estas condiciones se inicia la jurisdicción voluntaria.

Igualmente sucede que al iniciarse la jurisdicción voluntaria ante el juez, llegan a tener conocimiento las personas señaladas en el repetido artículo 1602 del Código Civil ya sea en forma accidental o resulta que ninguno de ellos aparece beneficiado en las disposiciones testamentarias.

En estos momentos cabe preguntarnos ¿Qué sucede si un pariente del de cujus, al enterarse que se ha solicitado al juez, la formalización de un testamento privado por una persona ajena y existe duda de su otorgamiento?

Ya hemos repetido que en la jurisdicción voluntaria no existe controversia entre partes, ya que como lo hemos dicho, se promueve la intervención del juez cuando lo dispone la ley o cuando lo solicita algún interesado con el fin de que se declare o constituya un derecho.

Ha dicho la Suprema Corte de Justicia, que lo actuado en jurisdicción voluntaria son actos fuera de juicio y por lo tanto no produce efectos entre las personas que no han intervenido en ella.

Lo anterior lo afirmamos porque, cuando una persona o pariente del de cujus, se opone a que en la jurisdicción voluntaria se declare formal un testamento privado, no produce ningún efecto tal oposición, dado que no existe controversia en la jurisdicción voluntaria; la persona que considere que no se ha otorgado dicho testamento, no puede oponerse legalmente a que se pudiera

formalizar, aún cuando se afirme su otorgamiento falso o fraudulentamente, ya que el escrito que se presentará ante el juez oponiéndose a las diligencias, deberá ser desechado. Dado que no existe controversia; no es la vía adecuada para tachar de falso o inexistente el testamento.

Debe ser mediante un juicio ordinario civil, donde debe plantarse por cualquiera de las personas citadas en el artículo 1602 del Código Civil, la nulidad de un testamento privado procede, aún cuando ya se haya dictado la sentencia declarando formal el testamento, ya que en el procedimiento ordinario civil se va a discutir si se otorgó o no el citado testamento privado.

En consecuencia, la nulidad de un testamento ha de plantearse, ante un juez de lo familiar por la vía ordinaria civil por las causas y consideraciones legales que se estimen pertinentes, debiéndose pedir la nulidad de tal testamento, así como también la restitución de los bienes que constituyen el caudal hereditario, cuando por virtud del supuesto testamento privado haya tomado posesión el también supuesto heredero, dicha restitución de los bienes debe ser también con sus frutos, productos, accesiones, rentas etc.

Una vez concluido el juicio y si el juez con base en las actuaciones llevadas a cabo, dicta una sentencia declarando nulo el testamento privado y dicha sentencia queda firme, debe iniciarse otro juicio de sucesión intestamentario conforme a la ley, siempre que no exista otro testamento anterior plenamente válido.

7.- Protocolización del testamento.

La protocolización del testamento privado, aún cuando no lo ordena expresamente la ley, no es más que una consecuencia de la declaración de ser formal un testamento privado por el juez de lo familiar.

Deben protocolizarse ante el notario público las diligencias de jurisdicción voluntaria, en donde se ha declarado que efectivamente se ha otorgado un testamento privado por la siguiente razón:

A la muerte de una persona, debe "denunciarse" el juicio sucesorio ante el juez y aún cuando se acompañará en el escrito un ejemplar del testamento que haya otorgado el finado, al dictarse el "acto de radiación" el juez ordena que se envíen oficios a las siguientes dependencias:

- a) Archivo General de Notarías;
- b) Archivo Judicial;
- c) A la Secretaría de Salud. Lo anterior tiene por objeto que dichas dependencias sepan del juicio sucesorio, las dos primeras informen si el finado otorgó o no testamento, ya que bien se pudo haber otorgado otro posterior, de ahí la importancia de que se asiente el año, el día, la fecha, la hora y el lugar en el testamento que se otorga, ya que el último tendrá validez; a la tercera dependencia se le informa para que sepa que es presunta heredera. Todo tipo de testamento al otorgarse, debe tomar conocimiento de ello el notario público, con la finalidad

de que se asiente, en el protocolo el lugar, hora, día, mes y año en que el testamento de referencia fué autorizado y entregado cuando se trate de testamentos ordinarios y en los cuales el propio otorgante debe concurrir al notario para que surta los efectos legales posteriormente y además es optativo para el testador depositar un ejemplar de su testamento ante el archivo judicial y tratándose de los testamentos especiales, una vez que se han agotado las diligencias de jurisdicción voluntaria debe ordenar el juez que se protocolice ante el notario para los efectos legales consiguientes.

Por lo tanto, la protocolización del testamento privado debe hacerse para efectos de dar publicidad a dicho testamento.

El hecho de que las diligencias de jurisdicción voluntaria del otorgamiento de un testamento privado, no se protocolice ante el notario no es causa de nulidad de dicho testamento, ya que del conjunto de disposiciones que se refiere a los testamentos, se desprende que la protocolización debe hacerse, pero no existe disposición que lo exija y menos que establezca que la falta de protocolización produzca la nulidad del acto jurídico.

En resumen, la protocolización de las diligencias de jurisdicción voluntaria, en donde se contiene por escrito las disposiciones de última voluntad del finado, se realiza para dar publicidad a dicho testamento y con la finalidad de que obre tanto en el protocolo del notario, como en el archivo general de notarias.

Capítulo Sexto

NULIDAD DEL TESTAMENTO PRIVADO POR FALTA DE FORMA

1.- Elementos de existencia y requisitos de validez del acto jurídico.

Ahora analizaremos el acto jurídico, en cuanto a sus elementos de existencia, como sus requisitos de validez - temas consultados en Ortiz Urquidí Raúl, en su "Derecho Civil". editorial porrúa, s. a. México, 1977; y, Gutiérrez y González en su obra "EL PATRIMONIO"- para que nazca a la vida jurídica apto para producir sus consecuencias de derecho. Entendiendo por acto jurídico, la manifestación de voluntad que hace una persona en forma libre y consciente con la finalidad de que produzca consecuencias de derecho.

El acto jurídico requiere de dos elementos esenciales: una ó más voluntades y

que tales voluntades tengan por objeto la producción de consecuencias Jurídicas. Al conjunto de voluntades se les denomina consentimiento.

El otro elemento es el objeto.

Para ciertos actos, la ley exige un tercer elemento: la solemnidad; es decir que, la forma en que ha de realizarse es de tal importancia, que se le dá el caracter de elemento esencial.

Los anteriores

elementos son para que el acto jurídico nazca al mundo del derecho.

Otros requisitos que precisa el acto jurídico son para que tenga validez.

A contrario sensu, los requisitos de validez del acto jurídico son: la capacidad legal de las partes; que en la manifestación de voluntad no existan vicios, como error, dolo, mala fé, etc., que el objeto o motivo o fin sea ilícito; que el consentimiento sea expresado conforme a la ley.

Al no presentarse cualquiera de los anteriores requisitos, el acto nacerá y existirá, pero no podrá producir plenamente sus efectos, o sea el acto no tendrá validez.

Para que la conducta del individuo pueda constituir un acto jurídico, se requiere la existencia de los elementos de existencia y los de validez.

2.- Nulidad absoluta, nulidad relativa y la inexistencia.

(temas consultados en los autores Gutiérrez y González, Derecho de las Obligaciones, ya citada, pags. 133 - 156) y Ortiz Urquidi (obra citada, pags. 548 - 551).

Trataremos de exponer las diversas teorías que se han elaborado para determinar los efectos legales que produce la conducta de la persona, cuando no se han reunido las exigencias que para tal fin se requieren:

a) Tesis clásica;

- b) Tesis de Japiot;
- c) Tesis de piedelievre; y,
- d) Julián Bonnecase.

La Tesis Clásica.

El acto es inexistente, cuando le falta un elemento esencial, cuya ausencia impide la existencia jurídica del acto. Se hablará de inexistencia, cuando falta la voluntad en un acto unilateral o la falta de consentimiento donde se requieren varias voluntades. Igualmente será inexistente el acto jurídico cuando falte el objeto material del acto, ya que éste sea imposible física o jurídicamente. Habrá imposibilidad física cuando una ley natural impide insuperablemente su realización. La imposibilidad jurídica se da cuando existe una norma jurídica que impide se realice el objeto. Otra inexistencia se da cuando el objeto es contrario al tenor de la ley.

Características de la inexistencia:

- (resumen obtenido de la obra de Ortiz Urquidí, -pag.548-) I.- Dichos actos no producen ningún efecto, ni aún provisionalmente.
- II .- Que son inconválidas;
- III.- Que la inexistencia es imprescriptible;
- IV.- Que cualquier interesado puede hacer valer ésta, pero sólo como excepción, nunca como acción; y ,
- V.- La sentencia que se llegue a producir es " simplemente declarativa" porque " no constituye una nueva situación jurídica,

sino sólo reconoce lo que antes ya ha sucedido, es decir, la no existencia del acto " (Ortiz Urquidí, obra citada -pag. 548-)

Lo anterior tiene su base en:

La inexistencia es la nada jurídica, por lo tanto, toda persona a quien se oponga un acto inexistente posee un interés jurídico, para invocar la inexistencia y para solicitar que no surta efectos. El interés jurídico en la persona es requisito para invocar la inexistencia del acto.

Un acto inexistente no puede surtir efectos a través de la prescripción, o sea el tiempo no puede convalidar el acto jurídico inexistente, dado que si éste representa la nada jurídica, el tiempo no puede convertir a la nada en acto jurídico. Es inconfirmable ya que no se puede convalidar por ratificación, ya sea expresa o tácita, o sea, que las partes no pueden por su cumplimiento hacerlo valer tratándose de un acto viciado, renunciando a la acción para que produzca sus efectos desde el momento de celebración y no desde el instante de la ratificación de tal acto.

La finalidad de la ratificación es que produzca sus efectos desde el momento de la celebración, si no fuera así, bastaría con otorgarse otro y se solucionaba el problema. En la inexistencia no se puede dar la ratificación, pues sería tanto como declarar que aquel acto inexistente produjo sus efectos, cuando está inexistente. El acto es inexistente siempre.

En cambio los actos son nulos cuando se han dado los elementos de existencia, pero en forma imperfecta o viciada y en esto

supuesto puede suceder que el acto no produzca ningún efecto jurídico, al igual que cuando se trata del acto inexistente o que produzca sus efectos provisionalmente, ya que serán destruidos retroactivamente cuando así lo declare la autoridad judicial tratándose de la nulidad relativa.

Clases de nulidad:

- a) Nulidad Absoluta y,
- b) Nulidad Relativa.

La nulidad Absoluta, se presenta desde el nacimiento del acto, cuando va en contra de un mandato o prohibición de una ley de orden público.

La nulidad relativa se origina con el nacimiento del acto y desde éste instante lo vicia, encontrándose viciado por él en contra de una disposición legal establecida en favor de determinadas personas.

La nulidad relativa en tanto no se anule, permite al acto producir provisionalmente sus efectos, mismos que son destruidos al declararse judicialmente a solicitud de parte legítima. Los efectos que produce tanto el acto inexistente, la nulidad absoluta y la nulidad relativa, atiende a tres aspectos que son: efecto y papel de la intervención del juez, personas que pueden prevalecerse del acto y la posibilidad de confirmación o prescripción del acto.

El acto inexistente y el nulo absoluto no producen ningún efecto legal, y el acto nulo relativo, los produce provisionalmente

mientras no se destruyan retroactivamente por resolución judicial. La inexistencia y la nulidad absoluta, el juez no tiene nada que hacer, ya que si interviene para declarar la inexistencia, estará haciendo una declaración respecto a la nada, pero en todo caso, cuando surja una controversia respecto a si un acto es o no inexistente, en razón del principio constitucional, de que nadie puede hacerse justicia por propia mano, el juez deberá intervenir sólo para constatar la inexistencia y no para declararla, ya que insistimos sería una declaración sobre la nada jurídicamente.

Frente a la nulidad relativa el Juez interviene para declarar tal nulidad del acto y en tanto no lo haga, el acto producirá plenamente sus efectos jurídicos.

¿Quiénes deberán invocar la inexistencia, nulidad absoluta y la relativa?

Tratándose de la inexistencia y nulidad absoluta, toda persona que tenga interés jurídico estará facultada para invocar el estado del acto. La nulidad relativa sólo la podrá invocar la persona en cuyo interés lo establece la ley. (resumen obtenido de Gutiérrez y González -obra citada, pags. 154 -156).

Así como la inexistencia no puede llegar a valer ni por confirmación ni por prescripción, también el acto nulo absolutamente, pues el vicio que afecta al acto es de tal manera grave, que no es posible que desaparezca en virtud de la voluntad de las partes o por el transcurso del tiempo o prescripción.

El acto afectado de nulidad relativa, si es susceptible de

convalidarse ya por confirmación o por prescripción, o sea por el transcurso del tiempo.

Contra ésta teoría se oponen en parte las de Japiot y Piedelievre -tomado de Ortiz Urquidi (obra citada, pags. 548 - 550) y Gutiérrez y González (obra citada, pags. 140 - 146)- que al respecto afirman:

Japiot resalta el determinar el fin que persigue la sanción del acto, al medio en que el acto se desarrolla, las causas de nulidad, la naturaleza de la nulidad de las cuales obtiene conclusiones importantes.

El autor en cita crítica a la tesis clásica en los siguientes aspectos: La tesis clásica establece una oposición entre inexistencia y nulidad que no corresponde a la naturaleza de las cosas a su realidad (Gutiérrez y González, págs. 145 y 146). La tesis Clásica en forma general dá soluciones en relación a los diversos efectos de los actos, como son la intervención del juez, posibilidad de confirmación y determinación de las personas que pueden prevalerse del estado del acto. También dice que, dicha tesis establece una solidaridad sin fundamentos entre esos diversos efectos. También manifiesta que tal tesis, ha constituido núcleos cerrados de nulidades e inexistencias, olvidándose de variantes que en un momento dado pueden darse y que no podrían caer bajo los cuadros establecidos de inexistencia, nulidad absoluta y relativa. (resumen obtenido de Gutiérrez y González "EL PATRIMONIO", pag. 146).

Es de especial importancia determinar, cual es el fin que

persigue el legislador con el establecimiento de las normas en cuya contravención fue celebrado el acto. La nulidad viene a ser una sanción por no observar las disposiciones que deben normar el nacimiento y celebración del acto. Tal sanción se establece teniendo en cuenta el fin que el legislador trata de alcanzar a través de la norma violada con el otorgamiento del acto afectado y debe proporcionarse en relación con esta base. En virtud de que ese fin es distinto, la sanción ha de ser diferente tanto en sus alcances como en sus características.

Debe conocerse el mal que origina el acto, y según su intensidad y causas, se aplicará al caso concreto una mayor o menor sanción. La nulidad como sanción, persigue el fin de prevenir la violación a las normas del derecho.

Todo lo anterior no basta para establecer la naturaleza, clase y efectos de la nulidad que corresponde al acto que se otorga con violaciones a la norma legal, sino que también debe tomarse en cuenta el medio social en que los actos jurídicos se realizan.

El medio social lo integra el grupo de intereses de diferente orden, como son: particulares, sociales, estatales, los que deben tomarse en cuenta para establecer el alcance de la nulidad que afecta al acto. Al aplicar la sanción debe atenderse al "principio del equilibrio de los intereses en presencia" - Gutiérrez y González (obra citada, pag. 143) - ya que actos que podrían encuadrarse en un determinado tipo de nulidad, originan los mismos efectos. Este principio debe observarse tanto en el caso de las nulidades como en el de la

inexistencia, pues en éste último no existe razón para excluirlo, ya que no es cierto que la conducta inexistente para el derecho deba asimilarse a la nada, puesto que en última instancia existirá una apariencia del acto, el que puede haber sido punto de referencia para que terceros adquiriesen intereses, celebrarán contratos o cualquier otro acto jurídico y tales intereses deben tenerse presentes de que la autoridad constata la inexistencia de referencia.

Japiot formula a la tesis clásica la crítica relativa al error de encuadrar en un marco cerrado los diversos efectos de la inexistencia, la nulidad absoluta y de la nulidad relativa, así como la sanción que se impone en cada caso concreto. (citado por Gutiérrez y González, obra citada, pag. 141).

Agrega que no existe fundamento para establecer una diferenciación de las causas de nulidad absoluta y relativa, ya que no puede precisarse con absoluta claridad y tino la distinción entre normas de orden público y la conducta que las viola y la que infringe una disposición jurídica de interés privado. Ya que del estudio de una situación determinada, puede llegarse a la conclusión que bajo una norma imperativa o prohibitiva se están persiguiendo intereses de índole particular y si se aplicase la tesis clásica, en razón del tipo de disposición jurídica, debería de hablarse de nulidad absoluta tratándose de la relativa. Por tal razón deben hacerse a un lado las causas y analizar cada caso; estar a las disposiciones dictadas por el legislador en cuanto a la prescripción de la

acción; acudir a lo establecido a fin de determinar la susceptibilidad de confirmación; debe estarse a las características de la norma sin que deba tomarse en cuenta la causa y solamente después de haber hecho el análisis de todas estas cuestiones, se hablará de la ineficacia que podrá ser graduada en su intensidad mayor o menor según la determinación que el legislador haya realizado, sin que deba hablarse de nulidad absoluta ni de nulidad relativa. También dice, que es erróneo hablar de nulidad como si fuera un estado permanente de algunos actos -resúmen hecho de Gutiérrez y González (obra citada, pag. 145)- que lo correcto es aludir a los actos nulos no a las nulidades. También señala, que para la determinación de la verdadera naturaleza debe partirse de un "derecho de critica" (pag. 145) en relación con los efectos producidos por el acto nulo. El derecho de critica consiste en establecer de entre los efectos del acto, cuales deberán declararse insubsistentes por ser contrarias a los objetivos que trata de alcanzar la norma, que es infringida por la voluntad que origina el acto. Del derecho de critica se desprenden dos elementos básicos: la determinación del fin de la norma y de éste, el análisis de cada uno de los efectos que produce el acto para establecer si va o no contra tal fin. Por lo tanto, deben eliminarse los términos: inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa. Sólo deberá hablarse de ineficacias, misma que podrá ser aplicada en todos los casos ya que será bastante que no originen la totalidad de sus efectos jurídicos normales

para que se consideren ineficaces.

La conclusión de Japiot es: La tesis Clásica debe hacerse a un lado, pues da soluciones en conjunto a problemas como los señalados, que deben ser tratados individualmente. La ineficacia que afecta al acto imperfecto deberá determinarse teniendo en cuenta el fin de la norma y los intereses en presencia. Deberán darse soluciones distintas para cada cuestión planteada en forma concreta. (obtenido de Gutiérrez y González, obra citada, pags. 146 - 149- y Ortiz Urquidi, obra citada - pags. 550 - 551-).

Tesis Piedelievre.

Dice que no es cierta la máxima que establece que lo que es nulo no produce efectos. El acto nulo puede producir tres clases de efectos:

- 1.- Un acto nulo no produce sus efectos principales, pero produce efectos secundarios,
- 2.- El acto afecto de nulidad produce todos sus efectos durante cierto tiempo y aún en el caso de declaración judicial que lo destruye, algunos subsisten,
- 3.- El acto nulo produce todos los efectos jurídicos.

En este orden de ideas tenemos como principio que, un acto ya sea inexistente o nulo, puede producir ciertos efectos, cabe preguntarnos ¿Qué se necesita por lo menos para que un acto jurídico afectado de inexistencia o nulidad produzca algún efecto? No es posible determinar un mínimo de manera precisa y señala un índice para tal efecto al que denomina tendencia del

espíritu, que evidencia si el acto inexistente constituye un poco más que la nada, en cuyo caso será posible la producción de ciertos efectos. ¿De qué manera son éstos efectos?, se pregunta si son consecuencias de hecho o de derecho, piensa que son verdaderas consecuencias jurídicas. Es posible la determinación de un medio más favorable para que queden con vida algunos efectos. En los actos rige ampliamente el principio de la autonomía de la voluntad, el formulismo es menos riguroso, se permite que un acto puede ser complejo por su naturaleza y la acción de nulidad sea dirigida en contra de las consecuencias del acto nulo y no precisamente contra éste. Junto con lo anterior debe tenerse en cuenta: la buena fé de las partes que intervienen en el acto, la que permitirá determinar el grado en que deben mantenerse los efectos, dado que la sanción será diferente en aquél en que la buena fé los impulse. Igualmente, deben considerarse los intereses de terceros que pueden resultar afectados con las consecuencias que el acto produce y también deberá tenerse en cuenta el principio de seguridad jurídica, con el objeto de que la propiedad, la posesión, los derechos adquiridos en forma definitiva por los intervinientes o terceros, no sean perturbados. Todavía más importante que la privación de efectos del acto afectado es el anterior principio, el que deberá tomar en cuenta el legislador con preferencia.

A) Teorías acogidas por nuestro Código Civil vigente.

(ideas obtenidas de Gutiérrez y González -obra citada, pags. 152 - 156- y Ortiz Urquidi -obra citada, pags. 553 - 563-).

Nuestro Código Civil recoge casi por completo el contenido de la teoría de Julian Bonnacase, consecuentemente es la teoría más importante entre nosotros.

En principio, Bonnacase acepta la teoría clásica, haciéndole críticas con ideas de Jaipot y Piedelievre -citado por Gutiérrez y González (obra citada, pag. 149) - aunque no las acepta totalmente, ya que no esta de acuerdo en que se elimine la distinción existente entre inexistencia y nulidades y que se substituya por el único término de ineficacia, en razón de que con ello permite al juzgador determinar a su arbitrio e impresiones personales, los intereses que han de ser protegidos jurídicamente. Bonnacase no identifica la nulidad absoluta con inexistencia, acepta las denominaciones de nulidad e inexistencia, pero señala que dentro de la primera cabe hacer distinciones. El método que utiliza para la determinación de si el acto es nulo o inexistente, es el orgánico y no el histórico. Es decir, no bastará para el establecimiento de la naturaleza del acto el hecho de que a través del tiempo, en los diversos países y legislaciones se le haya dado una especial caracterización, para que de esta manera se siga determinando, sino que deberá analizarse la naturaleza de los casos, tal y como se presentan ante quien efectúa ese análisis. La teoría de Bonnacase parte de la crítica que hace a la tesis clásica de que identifica la

nulidad absoluta con la inexistencia.

Teoría de Bonnetcase.

(ideas obtenidas de Gutiérrez y González (obra citada, pags. 148 - 156) y Ortiz Urquidí (obra citada, pags. 253 -263) -
Un acto es inexistente, cuando tal acto jurídico carece de uno o varios elementos orgánicos o específicos, o sea, aquellos elementos esenciales o de definición.

Estos requisitos pueden clasificarse en:

a) Elemento Psicológico, formado por la manifestación de voluntad que realiza el autor del acto o el acuerdo de voluntades cuando en el acto existen dos o más partes, en cuyo caso se denomina consentimiento.

b) Pero también está el elemento material, que puede presentarse de dos formas: el objeto, motivo o fin del acto y la forma cuando la ley le dá el carácter de solemnidad. Cuando falta alguno de estos dos elementos, el acto es inexistente porque falta un elemento orgánico. El acto jurídico afectado de inexistencia, no genera ningún efecto en su calidad de acto jurídico. Este acto no es susceptible de convalidarse ni por prescripción, ni por confirmación; puede invocarse por cualquier interesado y no necesita la declaración judicial de inexistencia del acto.

Esta tesis establece que no es necesario que la inexistencia sea reglamentada, ya que se trata de una noción que no se subordina a los preceptos legales, si no que la inexistencia se impone sobre ellos -dice en términos generales, Gutiérrez y González

(bra citada, pag. 151)-.

En resumen, el acto inexistente se presenta cuando falta un elemento esencial, en ausencia del cual es lógicamente imposible concebir su existencia jurídica, ya sea que falte el consentimiento o el objeto y tratándose de los actos en los cuales son solemnes, cuando la forma del otorgamiento no se hace conforme a la ley.

Al respecto nuestro Código Civil en su artículo 2224 dice: "El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación ni por prescripción, su inexistencia puede invocarse por todo interesado".

La convalidación es un acto unilateral de renuncia, que se hace en forma tácita o expresa a la facultad de invocar dicha inexistencia.

Aún cuando la ley establece que el acto inexistente no produce ningún efecto, es indudable que en la práctica se celebran actos afectados de inexistencia y no obstante ello producen consecuencias legales, que la ley no puede ignorar. Fuera de que el término acto e inexistencia se contraponen.

La nulidad absoluta se origina con el nacimiento del acto, cuando dicho acto va en contra del mandato o de la prohibición de una ley imperativa o prohibitiva, o sea, una ley de orden público. La nulidad absoluta puede invocarse por cualquier interesado. Al igual que la inexistencia, el Juez ante la

nulidad absoluta no tiene que declararla cuando se le plantea, sino sólo debe constatarla.

El Código Civil en su artículo 2226 establece: "La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción".

La nulidad relativa al igual que la absoluta, nace con el acto y lo vicia desde su nacimiento, pero ese vicio proviene de que va contra una disposición legal establecida en favor de ciertas personas. En estos actos el juez interviene, para decretar la nulidad, pero mientras no lo haga, el acto produce plenamente sus efectos. Sólo pueden invocar esta nulidad las personas en cuyo interés lo establece la ley.

Al contrario de la inexistencia y la nulidad absoluta, la nulidad relativa, si es susceptible de convalidarse por confirmación o por prescripción.

Los actos jurídicos nulos " presentan una malformación en uno o todos sus elementos de existencia" (Gutiérrez y González - obra citada, pag 153-). Dicha imperfección puede provenir de causas externas, las que se localizan en el medio social que influye sobre él u originarse dentro del acto. A pesar de tal malformación, el acto nulo existe, ya que ha cobrado vida jurídica y por lo mismo desempeña su función como un acto regularmente otorgado mientras no sea destruido.

El acto nulo al ser destruido, no desaparece completamente ya que la idea de retroactividad no esta en forma absoluta unida a la noción clásica de nulidad.

La tesis de Bonnacase clasifica en dos nulidades, cuando se trata del interés general y del privado, aunque nos parece que en el fondo toda nulidad esta inspirada en el interés general y debe protegerse y sigue diciendo que hay interés general cuando existe nulidad absoluta y a interés privado cuando se presenta la nulidad relativa.

3.- Teoría general de las nulidades y el testamento privado.

(ideas tomadas de Gutiérrez y González (obra citada, pags. 154 156 y Ortiz Urquidi obra citada, pags. 553 - 563) La teoría general de las nulidades aplicadas a los actos testamentarios es en los siguientes términos:

En todo acto testamentario los elementos de existencia son: una expresión de última voluntad y que ella tenga por objeto la disposición de bienes y derechos o el cumplimiento de deberes para después de la muerte. Al no existir alguno de estos dos elementos el acto no podrá existir. Además tratándose de los testamentos, la forma tiene la calidad de un elemento esencial, sin cuyo cumplimiento tampoco dará origen al nacimiento del acto testamentario.

Los testamentos por principio general, son actos jurídicos solemnes en cuanto a la categoría o forma sustancial que caracteriza para cada tipo de ley, ya que hay testamentos de

entre los ordinarios como son el público, ya sea abierto o cerrado o el ológrafo; pero dentro de cada una de esas categorías o formas sustanciales, deben observarse determinadas formalidades, lo mismo es aplicable tratándose de los testamentos privados, cuya violación traerá como consecuencia la afectación del testamento de que se trate.

Por regla general, la manifestación de voluntad del testador debe hacerse por escrito, salvo que se trate de un testamento privado o militar ante el inminente peligro de muerte, en que se permite que el testamento sea de palabra ante la presencia de testigos. Los elementos de validez del acto testamentario son los aplicables a todo acto jurídico: debe otorgarse por persona capaz (mayor de 16 años) que la voluntad del testador se manifieste en forma libre, que el objeto, motivo o fin que persiga sea lícito.

Tratándose del testamento privado, ya hemos dicho que deben concurrir las siguientes características: Una expresión de voluntad clara y terminante, o sea, el deseo de otorgar el testamento; que el testador se encuentre en un estado eminente de muerte y que ello le impide concurrir ante el notario a hacer testamento o que el mismo estado inminente de muerte sea por haber sido atacado de una enfermedad tan violenta y grave que haga imposible que concorra el notario ante el testador a recibir el testamento, o bien que no haya notario en la población o bien cuando se trate de asimilados del ejército que entren en campaña o se encuentren prisioneros de guerra; la

presencia de cinco o tres testigos por lo menos tratándose de casos de suma urgencia; que la voluntad del testador se haga por escrito, salvo que ninguno de los testigos sepa escribir y en caso de suma urgencia; que no haya sido posible otorgar testamento ológrafo; deberá darse lectura al testamento en voz alta al otorgante; asentamiento del lugar, año, mes, día y hora del otorgamiento y la firma de los que intervinieron en el acto testamentario.

4.- Consecuencias que se producen en el testamento privado por la ausencia de algunos de los requisitos que para él se exigen.

El testamento privado, debe reunir los elementos que para todo acto jurídico se requiere para que exista. El elemento formal reviste el carácter de solemnidad en los aspectos que se refieren o se den precisamente los supuestos que para ello exige la ley para su otorgamiento y la presencia de los testigos, así como sus declaraciones que deben circunstanciar. Ya hemos dicho que tratándose de los testamentos privados, la forma es solemne y su inobservancia trae como consecuencia que se tenga por no otorgado el testamento. Lo que no es solemne es que conste por escrito, ya que puede otorgarse en forma verbal, siempre que se trate de casos de suma urgencia.

Los elementos de existencia desde el punto de vista de la forma son que, además de la expresión de voluntad clara y precisa, ésta deberá tener un contenido específico, como es la disposición del

patrimonio del otorgante o de la declaración y cumplimiento de deberes, pero también específicamente determinado en el tiempo, pues ésta será valedera sólo para después de la muerte, la manifestación de voluntad se realiza con vista a ese momento preciso, pero ésta deberá tener lugar ante la presencia de testigos y en los casos previamente establecidos.

En el acto testamentario, tiene una especial importancia la forma en que ha de expresarse la voluntad del testador, se requiere que la exprese de manera clara, precisa, amplia, sin lugar a dudas, proporcionando la mayor certeza, dando la plena seguridad de su expresión y contenido sobre todo para el instante en que ya no se cuente con su presencia y cuando no sea expresado en esos términos el testamento será nulo.

Antes de abordar lo relativo a la nulidad del testamento por falta de forma, trataremos la nulidad del testamento por otras causas.

Un acto jurídico es válido por regla general, cuando se realiza conforme a la ley y los testamentos ya sea que se trate de los ordinarios o especiales, al otorgarse deben observarse principios generales y por ello fundamentales y que al no cumplirse el acto será nulo.

Tratándose de los actos jurídicos válidos, no tenemos problemas ya que entran dentro de una única categoría y surten plenamente sus efectos, pero cuando se trata de actos jurídicos inválidos empieza el problema que a la fecha ha sido motivo de muchos puntos vista en la doctrina.

La inexistencia en los testamentos sólo se presenta cuando falta la voluntad o está viciada y cuando falta el objeto o cuando no se ha observado la forma en su otorgamiento, dado que el testamento es un acto solemne.

Existe nulidad relativa en el testamento, cuando el motivo o fin que se propone el testador sea ilícito, ya que nuestro Código Civil en su artículo 80. establece: "Los actos ejecutados contra el tenor de la leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario".

La nulidad relativa se presenta en el testamento en el siguiente caso en que la cita el maestro De Ibarrola (en su obra citada, pág. 713) dice: "El testamento hecho por el capaz hace nacer en favor de los perjudicados por el mismo un derecho que es prescriptible, ya que "el derecho de reclamar la herencia prescribe en diez años y es transmitible a los herederos" (art. 1652). Podríamos también razonar en otra forma. Dice el artículo 2236 que "La acción de nulidad fundada en incapacidad o en error puede intentarse en los plazos establecidos en el artículo 638..." Este precepto, como lo hace notar Rojina Villegas, viene a crear un problema, pero no creemos que sea de carácter insoluble dice: "La acción para pedir la nulidad, prescribe en el término en que prescriben las acciones personales o reales, según la naturaleza del acto cuya nulidad se pretende". Si bien en el testamento se transmiten derechos reales y personales y a primera vista no sabríamos a ciencia cierta qué plazo aplicar, tenemos no obstante el texto del

artículo 30. del Código de Procedimiento Civiles que habla de que "Por las acciones reales se reclamarán.... La HERENCIA".

Cabe por lo tanto concluir, en los términos del artículo 638 la acción de nulidad prescribe en el mismo término en que prescribe la acción real de herencia, diez años, en que por otra parte es el término máximo de la prescripción en nuestro derecho".

El mismo autor se refiere a que el acto testamentario no puede ser ratificado, aunque se refiere a la ratificación retroactiva, por que esta no tiene objeto, ya que sólo es aplicable a los contratos y que el testamento es tan sólo un proyecto durante la vida del testador y que la voluntad se reputa emitida en el momento mismo de la muerte y en ese momento surte sus efectos.

"Claro está que si un menor de 16 años otorga un testamento, la ratificación que él haga del mismo, ya mayor de edad, otorgando otro nuevo no será retroactivo; pero tampoco será necesario serlo; basta que la ratificación se haga para que surtan los efectos necesarios: convalidar el acto para que este adquiera pleno vigor en el momento deseado, que es el de la muerte del de cujus". (De Ibarrola obra citada, pág. 713).

En cuanto a lo que se refiere a los vicios de la voluntad como son el error ya sea de hecho o de derecho, el dolo, la violencia, física o moral y la lesión, hacen inexistente el testamento que se haya otorgado con tales vicios. Aunque la lesión ha de excluirse, ya que por definición toda liberalidad lesiona al testador, quien se despoja invariablemente con espíritu de generosidad y sin compensación.

También es nulo un testamento en el caso del artículo 1301 del Código Civil es decir, cuando se funden en una causa expresa, que resulte ERRONEA si ha sido la única que determino la voluntad del testador.

Por virtud del principio de la libre testamentifacción, adoptada por nuestro Código Civil, no es preciso que en el testamento el testador exprese la causa por la que testa en favor de determinada persona, pero si expresa la causa y ésta resulta errónea el testamento será nulo, siempre que resulte esa causa como UNICA que determinó la voluntad del testador.

Nuestro punto de vista en cuento se refiere a las nulidades en materia del testamento, es contraria a la del maestro De Ibarrola en el sentido de que él considera que en materia testamentaria existe la nulidad relativa y que ya citamos anteriormente. Es decir, que lo que a él expone no tiene aplicación para los testamentos, sino que se refiere a los contratos; tal y como lo sostenemos antes, cuando el testamento se otorga con vicios en el consentimiento, simplemente el acto es inexistente, ya que no existe realmente consentimiento.

Lo mismo se puede decir del testamento que es otorgado por un incapaz, ya que cuando supuestamente convalida el acto, al ser mayor de edad, no hay tal convalidación, sino que se trata de un nuevo testamento.

Tampoco se puede sostener válidamente que un testamento que ha sido otorgado por un incapaz en razón de su edad, pueda prescribir. Ya que, un testamento hecho por una persona a los

diez años de edad, que muere a los sesenta; el transcurso de cincuenta años de vida del testador no puede convalidar el testamento, ya que la prescripción no empieza a correr, porque no tiene sentido que para el testador empiece a correr la prescripción, dado que no necesita ejercer una acción de nulidad en juicio cuando llegue al estado de capacidad, como lo haría un contratante para que la autoridad declare que su testamento es nulo, sino que basta que otorgue otro nuevo. Además estimamos que sería muy difícil que una persona menor de dieciseis años pudiera otorgar un testamento y menos uno de los llamados ordinarios ya que sería infantil creer que el notario tuviera tan poco cuidado para permitirlo y mucho menos se diría que se diera el caso imaginado en un testamento privado por razones obvias. El capítulo IX del libro tercero que se refiere a la nulidad, revocación y caducidad de los testamento, cuando trata la nulidad nunca se refiere a que tipo de nulidad se trata, pero se entiende que es a la nulidad absoluta, ya que si fuera la relativa se podría subsanar por convalidación o por ratificación y a nuestro juicio ello no es posible.

En cuanto a los elementos de existencia desde el punto de vista de la forma de los testamentos privados, además de la expresión de voluntad clara y precisa, ésta deberá tener un contenido específico que es precisamente la disposición del patrimonio de la persona o bien la declaración y cumplimiento de deberes, pero también específicamente determinado en el tiempo, pues ésta será valedera sólo para después de la muerte, debiendo tener lugar

ante la presencia de los testigos y ante las circunstancias excepcionales exigidas por el artículo 1565 del Código Civil. Esta característica se refiere que deben presenciar el otorgamiento los testigos y deben concurrir puntualmente los supuestos que se exigen para su otorgamiento de este tipo de testamento, en casos especiales bien que se trate de la persona del testador o del lugar en que se encuentra. Sobre este particular nos detendremos un poco, dado que se trata de los requisitos de formas, que por tratarse de un acto jurídico solemne, la forma es un requisito esencial o de existencia.

En el otorgamiento de este testamento, se cuida que la voluntad del testador se exprese de manera clara, precisa, amplia, sin lugar a dudas, proporcionando la mayor certeza, dando la plena seguridad de su expresión y contenido, sobre todo para el instante en que ya no se cuenta con su presencia. Por ello el Código Civil exige que la expresión de voluntad debe ser expresada y explícita o sea, que exista el propósito de otorgar disposiciones testamentarias y cuando no aparezca tal intención en forma clara, el testamento otorgado será nulo, en virtud de no haber expresado el testador cumplida y claramente su voluntad sino a través de señales o monosílabos respondiendo a preguntas que se le formulan. Por ello y para que la voluntad se exprese en forma clara y terminante, se establecen formalidades que permiten obtener esa voluntad sin lugar a dudas.

Por cuanto se refiere a la capacidad, tenemos que será nulo el testamento otorgado por una persona menor de dieciséis años.

También el que se otorga por una persona que habitual o accidentalmente no disfruta de su cabal juicio, solo será válido el hecho por demente en un intervalo de lucidez, siempre que se observen las disposiciones que para ello se exigen.

Asimismo, se establece como principio general y especialmente en relación al caso de un heredero instituido incapaz de heredar, en que se estaría en presencia de una circunstancia que priva de validez al acto; que el testamento otorgado será válido aunque no contenga institución de herederos y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar, en el caso concreto, fuera de que no exista heredero o el nombrado sea incapaz; el testamento en las demás disposiciones será plenamente válido. La capacidad en los testamentos se refiere a la del testador y no a la del heredero para la validez del testamento, aunque no se verá cumplida cabalmente la voluntad del testador para el caso de que haya instituido heredero a un incapaz.

5.- Consideraciones finales.

De acuerdo a la teoría general del acto jurídico, se requiere para la validez del testamento que la voluntad se manifieste en forma libre. Para proteger la expresión de voluntad en forma libre, establece la nulidad para el caso de que se otorgue encontrándose su autor bajo la influencia de amenazas ya sea contra su persona, sus bienes o contra la persona o bienes de su cónyuge o de sus parientes, también con igual objetivo, se determina que es nulo el testamento captado por dolo o fraude.

Cuando el testador externa su voluntad tendiente a la disposición de sus bienes, ésta deberá perseguir un objeto, motivo o fin lícito; si tal disposición va contra las leyes o las buenas costumbres, el testamento será nulo, en razón del tercer elemento que el acto jurídico requiere para su validez de acuerdo con nuestro Código Civil.

La manifestación de voluntad, en cuanto elemento de validez debe externarse como lo ordena la ley y nuestro Código Civil hace una especial regulación y establece la nulidad del acto testamentario cuando no se otorga en cualquiera de las formas ordinarias o especiales.

El testamento, en virtud de ser un acto jurídico en el que se requieren infinidad de formalidades que son distintas según el tipo de testamento de que se trate, por tal motivo deberá analizarse cada caso para determinar con precisión si su ausencia genera la nulidad o inexistencia.

Nuestro Código Civil solo infiere a que cuando se otorgue un testamento sin observar la forma que para él se requiere, será nulo. Aunque no se refiere que tipo de nulidad, debemos entender que se trata de la nulidad absoluta, tal y como lo mencionamos al principio de éste capítulo, dado que no cabe la nulidad relativa como puede suceder en otros actos jurídicos.

Como en el caso de que una persona, tratándose del testamento público cerrado, redacta su testamento y lo introduce en un sobre que luego cierra y lo guarda o dá a guardar a una persona de su confianza, pero sin hacer el depósito ante el notario público y

con testigos, tal redacción no existirá como testamento, pues no reúne ninguna característica de entre todos los testamento regulados por la ley. O tratándose de que una persona redacta su testamento, firma todas las hojas y al final o al calce, pretendiendo con ello otorgar un testamento público cerrado, igualmente lo introduce en un sobre cerrado, pero no se presenta con sus testigos ante el notario a hacer su depósito, es claro que no existirá como testamento público cerrado, pero tendrá perfecta existencia y validez como testamento ológrafo, si tal testamento se presenta ante el Director del Registro Público de la Propiedad y del Comercio y se hayan observado otros requisitos. Observando lo anterior, concluimos que será necesario un estudio pormenorizado de que se hayan observado la forma que se exige para el testamento que se haya otorgado. En el testamento privado es indispensable que se reúnan las siguientes características: Que el testador se encuentre en alguna de las hipótesis que prevee el artículo 1565 en sus IV Fracciones; la presencia de testigos idóneos, que se redacte por escrito o verbal cuando ninguno de los testigos sepa hacerlo, así como tampoco el testador, tratándose de un caso de suma urgencia; lectura en voz alta al otorgante, cuando sea por escrito y cuando sea de palabra, repetir una vez las disposiciones testamentarias al testador; el asentamiento de lugar, año, mes, día y hora del otorgamiento la firma de los que intervienen en el testamento; la solicitud que se haga al juez para que se comparezca a declarar los testigos y se formalice el

testamento.

Todos los anteriores elementos o requisitos son la forma que debe reunir todo testamento privado y cuando no concorra alguno de ellos, el testamento será inexistente.

Ya hemos dicho que la forma, tratándose de los testamentos y el privado por ser el caso especial, tiene la calidad de elemento de existencia, dado que el testamento es un acto solemne.

En cuanto al asentamiento del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento, no será necesario cuando no se haya otorgado otro con anterioridad, pues no tendrá que discutirse cual fue el último que se otorga.

En síntesis, el artículo 1665 del Código Civil consagra en sus fracciones los casos en que resulte procedente el otorgamiento del testamento privado y tales hipótesis son de carácter limitativo, lo que impide la aplicación por analogía a casos o supuestos que no se encuentren comprendidos en las hipótesis del precepto legal invocado y por lo tanto, se precisa que los extremos que cada una de las fracciones exige, deberán reunirse en forma puntual y estricta. Lo más importante de esto es que, debe tenerse presente que en el testamento la forma tiene el carácter de un elemento de existencia y consecuentemente, la falta de observancia de aquellas, que lo revisten, originan la nulidad de dicho acto jurídico, aún cuando el artículo 1491 no establece a que tipo de nulidad se refiere, es de entenderse que se trata de la nulidad absoluta, aunque debe aclararse que no se trata de nulidad, sino de inexistencia, ya que consideramos que

la nulidad relativa, y en los testamentos privados no se presenta. Nunca puede pensarse que un testamento privado que se haya otorgado faltando algunos de sus elementos de existencia o de validez, pueda subsanarse ya sea por la confirmación, convalidación o prescripción. Lo anterior lo afirmamos con base en lo que establece el artículo 2228 del Código Civil que dice: "La falta de forma establecida por la ley, sino se trata de casos solemnes... produce la nulidad relativa del mismo".

CONCLUSIONES

1.- Debe modificarse el artículo 1281 del Código Civil, con el propósito de no incurrir en el error actual en que se considera al difunto como titular de derechos y obligaciones; una persona física al fallecer, deja de ser sujeto de imputaciones de derechos. El artículo en cita deberá ser redactado en la forma siguiente:

" Herencia es la sucesión en todos los bienes, derechos y obligaciones que pertenecieron al causante en vida y que no se extinguen por su muerte."

2.- De ninguna manera la teoría general de las nulidades podrá ser aplicada en forma estricta a la materia testamentaria. Son evidentes los inconvenientes que originaría la aplicación de un criterio riguroso en materia de nulidad por defecto de forma. Solo cuando del conjunto de todas ellas se concluya su ineficacia por no haberse otorgado en forma exigida; es decir, que no existió el propósito de otorgar testamento por el de cujus.

3.- La facultad de otorgar testamento proviene de la

voluntad del individuo, para disponer libremente de su patrimonio y declarar o cumplir deberes para después de su muerte, tal facultad es reconocida y protegida por la ley, observando las restricciones que la propia establece.

4.- Para el otorgamiento del testamento privado, es preciso darse en forma puntual y estricta los supuestos del artículo 1565 del Código Civil, impidiendo la aplicación por analogía a casos o supuestos no encuadrados en cada caso perfectamente.

5.- Debe desaparecer el requisito de la presencia de testigos en la redacción del testamento público abierto. La fe del notario es suficiente en cuanto a las afirmaciones contenidas y acerca de la aseveración, hecha por el propio, de que se cumplieron todos los requisitos exigidos por la ley.

6.- La falta de idoneidad en los testigos, no debe ser suficiente para tener por nulo un testamento público, en cuanto que no debe ser requisito de validez. La presencia del fedatario es suficiente para tenerlo por plenamente válido.

7.- Las exigencias requeridas para el otorgamiento de los testamentos privados son adecuados. Las maniobras

fraudulentas o falsas que pueden darse en ellos, son

situaciones de hecho y no privativos de estos actos jurídicos. Las facilidades dadas para el otorgamiento de estos testamentos, nunca serán exageradas.

8.- El testamento privado, como forma excepcional, es admitido por el legislador, siempre que exista verdadera imposibilidad, pudiendo tener su origen en la enfermedad del testador con carácter violenta y grave o imposibilidad en el fedatario de concurrir al otorgamiento por hecho calificado de fortuito o fuerza mayor.

9.- El artículo 1571 del Código Civil establece que el testamento privado sólo surtirá sus efectos si el testador fallece " dentro de un mes de desaparecida la causa que lo autorizó ". La parte del artículo que se infiere está fuera de los lineamientos y rompe con el equilibrio legal para los casos en que debe permitirse el repetido testamento privado.

Se antoja exagerado "un mes" porque existe tiempo de sobra para que se haga llegar al fedatario ante la persona que desea otorgar testamento.

10.- La imposibilidad o dificultad en el notario o juez para concurrir al otorgamiento del testamento -fracción II del artículo 1565- deberá existir objetivamente. Estos

supuestos precisan ser de naturaleza realmente insuperables, no basta afirmar que se cumplieron dichos requisitos, debe

hacerse constar en qué consistió la imposibilidad o dificultad de su comparecencia, ya sea del notario ante el testador o de éste ante aquél; solo de esa manera el juez estará en aptitud de calificar si realmente se dió el extremo, tanto de la imposibilidad, cuanto de la dificultad.

11.- La ley no obliga expresamente a alguien de buscar un número de notarios para concurrir al otorgamiento del testamento, pero ante la imposibilidad o dificultad de su presencia, necesariamente ha de probar las causas de tales impedimentos. Esto implícitamente conlleva la necesidad de haberse buscado a varios notarios y que ninguno haya podido concurrir al otorgamiento del testamento.

12.- El Código Civil establece -artículo 1491- que si al otorgarse el testamento no se ha observado la forma que exige la ley, será nulo; sin precisar de qué tipo de nulidad se trata, debe entenderse que se refiere a la nulidad absoluta, porque en los testamentos no puede existir la nulidad relativa.

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

- 1.- ARAUJO VALDIVIA, Luis, Derecho de las Cosas y Derecho de las Sucesiones. Editorial Cajica. Puebla, Pue. Méx. 1965.
- 2.- BECERRA BAUTISTA, José, El proceso civil en México. 9a. Edición. Editorial Porrúa, S.A., 1981.
- 3.- BORJA SORIANO, Manuel, Teoría General de las Obligaciones. 2a. Edición. Editorial Porrúa, S. A., México, 1953.
- 4.- CABANELLAS, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual. Tomos I, II y III. Buenos Aires. Ediciones Depalma .
- 5.- CASTAN TOBERNAS, José, Derecho Civil Común y Foral. Tomo primero. Volumen Segundo. Cuarta Edición revisada y aumentada. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1939.
- 6.- CASTELLANOS, Gregorio, Compendio Histórico sobre las fuentes del Derecho. Primera Edición 1896.
- 7.- COULANGES, Fustel de, La Ciudad Antigua. Estudios sobre el Culto y las Instituciones de Grecia y Roma. 4a. Edición. Editorial Porrúa, S. A., México, 1980.
- 8.- GARCIA MAYNEZ, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho. 32a. Edición revisada. Editorial Porrúa, S.A. Méx. 1980.
- 9.- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, Derecho de las Obligaciones. 5a. reimpresión inalterada de la Quinta Edición . Editorial Cajica, S.A., Puebla. Pue. Méx. 1980.

- 10.- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, El Patrimonio. Pecunario o Moral o Derechos de la Personalidad y Derecho Sucesorio. 2a. Edición. Editorial Cajica, S.A. Puebla, Pue. Méx. 1980.
- 11.- IBARROLA, Antonio De.- Cosas y Sucesiones. 5a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. Méx. 1981.
- 12.- MARGADANT SPANJAERDT, Guillermo Floris, Derecho Privado Romano. 2a. Edición. Editorial Esfinge 1965.
- 13.- ORTIZ URQUIDI, Raúl, Derecho Civil. Primera Edición. Editorial Porrúa, S.A. Méx. 1977.
- 14.- PINA, Rafael de, Elementos de Derecho Civil Mexicano. Volumen segundo. 5a. edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1973.
- 15.- QUEZADA GUZMAN, Petra.- Debe considerarse revocado un testamento por otro posterior que hubiere quedado ineficaz. Tesis profesional. Facultad de Derecho. Seminario de Derecho Civil, UNAM, 1973.
- 16.- ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano. Tomo IV Sucesiones. 4a. Edición reformada y aumentada. Editorial Porrúa, S.A. Méx. 1976.

LEGISLACION

- 1.- Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870.
- 2.- Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California de 1884.
- 3.- Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal. 8a. Edición. Librero Editor, Miguel Angel Porrúa, S. A. México, 1985. Actualizado, concordado y con Jurisprudencia obligatoria por Lisandro Cruz ponce y Gabriel Leyva.