

301809

159

201



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

ESCUELA DE DERECHO

**CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

**CONFLICTIVA JURIDICO PROCESAL PARA LA
EJECUCION DEL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO EN
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
LETICIA SERRANO ROJAS**

**PRIMERA REVISION
LIC. JESUS MORA LARDIZABAL**

**SEGUNDA REVISION
LIC. MIGUEL BERRONES CASTILLO**

MEXICO, D. F.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

1993



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**CONFLICTIVA JURIDICO-PROCESAL PARA LA EJECUCION DEL
TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO.**

INTRODUCCION.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA SUCESION TESTAMENTARIA

- 1.1. En el Derecho Romano
- 1.2. En el Derecho Alemán
- 1.3. En el Derecho Español
- 1.4. En el Derecho Mexicano.

CAPITULO SEGUNDO

**EL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO EN LA LEGISLACION VIGENTE EN EL
DISTRITO FEDERAL.**

- 2.1. Concepto de Testamento
- 2.2. Elementos de Existencia y Validez
- 2.3. Capacidad para Testar
- 2.4. Capacidad para Heredar
- 2.5. Implicaciones Jurídicas después de la muerte del Testador

CAPITULO TERCERO

EL ESTADO-JUEZ ANTE EL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO

- 3.1. La competencia judicial**
- 3.2. Formalidades**
- 3.3. La Intervención Notarial.**

CAPITULO CUARTO

CAUSAS DE INVALIDEZ DEL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO

- 4.1. Inexistencia**
- 4.2. Nulidad Relativa y absoluta de los Testamentos**
- 4.3. Revocación.**
- 4.4. El Testamento Inoficioso.**

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION.

Al constituirse el hombre en grupo social dió origen a una comunidad que conforme fue creciendo se constituyó en una sociedad que para lograr vivir en armonía empieza a verse en la necesidad de regirse por una serie de normas y principios en las cuales se estatuyeron derechos pero también obligaciones a cada uno de sus miembros naciendo así una figura de suma importancia como lo es el derecho.

Siendo el derecho la médula de una sociedad, para que ésta viva, crezca y se desenvuelva en una paz y estabilidad constantes; fue necesario además de tal organización normativa, la formación de órganos con atribuciones especiales que se encargarán de que dicha estabilidad y paz social se mantengan en equilibrio.

Dada la complejidad de las relaciones sociales originadas por el patrimonio entre vivos, resultó indispensable la existencia de una figura jurídica que regulara los bienes, derechos y obligaciones de una persona para después de su muerte; a esta figura se le dió el nombre de testamento.

El testamento no solamente satisface esta necesidad, sino que también evita los enfrentamientos entre los sucesores del titular de dicha sucesión.

Partiendo de lo general a lo particular señalaremos primeramente la evolución histórica que ha tenido el testamento como uno de los actos jurídicos más solemnes, en seguida estudiaremos algunos de los conceptos y definiciones que se han dado del testamento hasta precisar el concepto que dá nuestra legislación acerca de esta figura, su requisitos, la capacidad e incapacidad para testar o heredar respectivamente

Así como sus implicaciones jurídicas , las formalidades requeridas para una sucesión ab intestato y de una sucesión testamentaria, hasta llegar a las causas de invalidez del testamento, aspecto al que le dedicamos un capítulo completo dada su importancia.

De esta manera esperamos que nuestro objetivo se cumpla, aportando a la sociedad y a nuestra Universidad el contenido de este trabajo , esperando que sea motivo de inquietud y utilidad.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA SUCESION TESTAMENTARIA.

1. - EN EL DERECHO ROMANO.

En el Derecho romano más primitivo, a la muerte del pater familias, los hijos y la uxor in manu, que constituyen prácticamente una asociación (consortium) para el culto de los dioses domésticos y la explotación de la unidad agraria, continúan las titularidades del causante, en las que, en cierto modo, ya participaban en vida de éste. Desde época temprana, siendo varios los hijos, la antigua comunidad doméstica puede dividirse en partes: cada uno de los hijos casados constituirá, con lo que le corresponda, su propia comunidad, pero quedando incluidas todas en una unión gentilicia llamada también consortium.

Las doce tablas, al parecer, regulan como necesario el subingreso de estos herederos, a los que llaman sui, es decir, pertenecientes a la familia agnaticia que se encuentran bajo la autoridad del pater. Entre ellos suceden sólo los sui inmediatos (por ejemplo, los hijos, pero no los nietos cuyo padre vive) no desheredados. Verosímilmente, en tal época el pater familias sólo podía testar en ausencia de sui, y únicamente mediante un acto legítimo cuya autorización competía al pueblo romano reunido en comicios. El testamento

ante los comicios servía entonces para adoptar un heredero quien no los tenía sui, evitando la extinción del nombre y del culto familiar. (1)

Así, el heres es más que un sucesor, titular de un derecho de copropiedad latente, se encuentra simplemente confirmado en su posición por el fallecimiento del pater familias. El término heredes sui traduce admirablemente la concepción primitiva: el heredero no recibe, no recoge, no realiza la aditio; es la domus la que se perpetúa en él. Y, al mismo tiempo que la domus, las tierras, los ganados, el culto de los antepasados que es el vínculo entre las generaciones. Como heredero, rinde ese culto a los antepasados que velan sobre el hogar; mañana, él será, a su vez, objeto de culto. Viviendo en la domus, titular tanto de los bienes como de las cargas, no puede renunciar a unos y otras; es heredero necesario.

Luego, las circunstancias cambian. En la comunidad continuada de los herederos domésticos, creciendo las familias, el patrimonio no basta ya para alimentar a todos los comuneros. Cabe pensar que, a fin de evitar la división reiterada, antieconómica, por obra de la jurisprudencia se permitiera la institución de un único heredero, con desheredación de los restantes sui, llegándose ulteriormente a la plena libertad de testar, incluso apartando de la herencia a los familiares para dejarla a un extraño. (2)

Al iniciarse este cambio, el testamento ante los comicios (que se reúnen dos veces al año, y sólo en Roma, para aprobarlos) resulta insuficiente, y junto a él empieza a utilizarse, con el fin de nombrar heredero único, el *testamentum per aes et libram*, acto de naturaleza privada que antes únicamente servía al pater familias para hacer llegar determinados objetos de su caudal, en ausencia de sui, a ciertas personas (*super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*).

Como recuerdo de la primitiva función del *testamentum calatis comitiis*, de proporcionar, a quien no lo tenía por naturaleza, un continuador de su casa y familia, pasan a todo testamento un requisito y una prohibición que, funcionalmente, eran innecesarios en los negocios destinados exclusivamente a repartir los bienes del causante: de una parte, la necesidad, para su validez, de que contengan la institución de uno o varios herederos, hecha con palabras rituales; de otra, la incompatibilidad de la sucesión testada con la intestada (*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*), de modo que, habiendo testamento, éste rige toda la sucesión, y se excluye absolutamente la legal. Estas exigencias, que perduran a lo largo de toda la evolución del Derecho romano, sólo pueden ser interpretadas como arrastre o vestigio de tiempos pretéritos, debidos al extremo conservadurismo de la jurisprudencia romana. (3)

La evolución ulterior va haciendo más flexible y complejo un ordenamiento que, como todos los primitivos, era en exceso rígido y simple. A los filii familias, que sucedían inevitablemente, se les permite repudiar la herencia. El régimen de la sucesión intestada, que en el ius civile tiene en cuenta sólo a los pertenecientes a la familia agnaticia (sui, agnatus, gentiles), es doblado por la bonorum possessio, mediante la cual, sin abolir el ius civile, atribuye el pretor la posesión de los bienes del causante a ciertas personas - parientes de sangre- previstas en el edicto, y protege esa posesión de tal manera que, en sustancia, resultan equiparadas a los herederos. A la vez, se simplifican las formas testamentarias, y se admite por medios indirectos el derecho de determinados descendientes y ascendientes, primero a ser nombrados en el testamento (legítima formal), y luego a recibir una parte de los bienes del causante. (4)

Testamenti factio activa y pasiva.

1. Sólo el ciudadano romano paterfamilias, plenamente capaz de obrar, goza de testamenti factio activa, es decir, de capacidad para otorgar testamento con arreglo a la ley romana. El filiusfamilias puede únicamente disponer por testamento de sus peculio castrense y cuasicastrense, para cuyos bienes se le concede total autonomía. El impúber, el demente, el pródigo, no pueden otorgar testamento por falta de la necesaria capacidad de obrar. El "púber menor", en

cambio, puede hacerlo, puesto que se le considera plenamente capaz. Las limitaciones testamentarias puestas a la mujer -sui juris-, la cual solamente podría testar bajo la auctoritas de su tutor, desaparecen al ser derogada la tutela mulierem.

2. - Testamenti factio passiva es la inversa: la idoneidad para ser válidamente instituido heredero o legatario en un testamento. Si se instituye heredera a una persona carente de testamenti factio passiva, la institución peca de nulidad radical y se tiene por no escrita: el instituido, por tanto, no es llamado a heredar.

Esta idoneidad va implícita en la capacidad patrimonial de Derecho civil, y en Derecho justinianeo -extinguida ya la pugna entre el jus civile y el jus gentium- es un atributo de la capacidad patrimonial común, que tanto vale decir, de la mera personalidad. Sólo se exige que el instituido heredero exista, cuando menos como nasciturus, en el momento de la muerte del testador. En derecho justinianeo gozan también de testamentifacción pasiva las personas jurídicas públicas - El Estado, la Iglesia, Los Municipios; en cambio, las asociaciones necesitan todavía, en esta época, un especial privilegio del emperador. Finalmente, también se puede nombrar heredero a un esclavo, si bien importa distinguir en este caso: los esclavos propios del testador únicamente pueden dejarse herederos mediante concesión simultánea de

libertad -"Stichum servus liber et heres esto"- por manumisión testamentaria directa; si el esclavo es el único heredero instituido, eludíase el escollo formal de que ninguna manumisión podía ser válida mientras no existiese una válida institución de heredero, ni ésta lo podría ser en tanto no surtiese efecto la manumisión. Los esclavos ajenos pueden instituirse herederos sin ningún otro requisito, aunque para "adir" la herencia precisan la autorización -jussus- de su dueño, del que lo sea en el momento de adquirirla; y éste, y no el que lo fuese al producirse la "delación", es quien adquiere la herencia por ministerio del esclavo. (5)

La testamentifacción pasiva, según las normas del Corpus juris, ha de existir forzosamente en tres momentos: 1º, en el de ordenarse la institución de heredero, es decir, aquel en que el testamento se otorga; 2º, en el del llamamiento a heredar, y 3º, en el lapso de tiempo que va desde la "delación" de la herencia hasta su adquisición, sin perderse durante un solo instante.

De la carencia de testamenti factio pasiva hay que distinguir la incapacidad y la indignidad para suceder.

a) La incapacidad afecta únicamente a la adquisición. Opónese exclusivamente a ésta, mas no al llamamiento a heredar. La legislación

Justiniana no conoce ya este concepto. El caso más importante del Derecho clásico era el procedente de la ley Julia y Papia Popaea, que incapacitaba a los célibes y a los orbi por testamento.

b) La indignidad no es incompatible con la "delación" ni con la adquisición de la herencia; pero el indigno es despojado -ereptio- de los bienes hereditarios adquiridos, bien a favor del Fisco, que es lo normal, o de una tercera persona - bona ereptoria-. Va a parar al Fisco, por ejemplo, la herencia que se defiere al asesino causante; al que en vida de éste celebra, sin consentimiento suyo, un contrato sobre su herencia; al que infundadamente impugna como falso o inoficioso, o ataca, por medio de la bonorum possessio contra tábulas, el testamento en que se le nombra, etc. Quien se porta innoblemente con el causante considérase indigno de conservar la herencia.

(6)

LAS SUCESIONES

Justiniano, unificando y simplificando finalmente esta materia, ofrecía la herencia ab intestato, sucesivamente a los siguientes ordines:

1. - Descendientes (emancipados o no). Dentro de este grupo se repartía por estirpes y dentro de cada grado se repartía por cabezas.

2. - Ascendientes y hermanos. Este grupo ofrecía las siguientes particularidades:

a) El ascendiente más cercano excluía al más lejano. La madre del difunto excluía, por tanto, a los abuelos paternos.

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

c) Cada hermano recibía una porción igual a la de cada ascendiente de primer grado.

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

3. - Medios hermanos, uterinos o consanguíneos.

4. - Los restantes colaterales. Dentro de este ordo, el próximo pariente tenía derecho a la herencia, sin que encontremos el sistema de representación, es decir, el sistema por el cual los hijos de un pariente fallecido de algún grado concurrían juntos, como una "estirpe", con los parientes vivos de aquel mismo grado.

5. - El viudo o la viuda. Además, si la viuda era pobre y el difunto rico, y si no procedía la entrega de una donación propter nuptias como "ganancia de supervivencia", o la devolución de una dote, la viuda recibía el veinticinco por ciento de la herencia, lo cual significaba una infracción al riguroso sistema de *successio ordinum*. En caso de concurrir con hijos del difunto, la viuda recibía

sobre esta porción sólo el usufructo y, si concurría con cuatro o más hijos, su porción quedaba reducida a la de cualquiera de los hijos.

Además, Justiniano estableció para la concubina y sus hijos, alimentos o un derecho a una sexta parte de la herencia, según que hubiera concurrencia con hijos legítimos o no.

6. - Si no se encontraba ningún heredero legítimo, la herencia vacante, o sea, los bona vacantia, iban al fisco, pero, si se trataba de un soldado, se aprovechaba la legión correspondiente, y, si de un sacerdote, la Iglesia.

Una curiosa disposición, varias veces confirmada en el Corpus iuris, obligaba al fisco, en este último caso, a cumplir con los legados establecidos en el testamentum destitutum. Por tanto, se buscaba primero al heredero testamentario; luego, a un heredero legítimo; y, cuando finalmente se ofrecía la herencia al fisco, se daba nuevamente vigor a parte del testamentum destitutum. En compensación de su falta de elegancia, lo anterior ofrecía una ventaja: la de no dejar totalmente frustrada la voluntad del testador. Observemos que el moderno derecho mexicano no ha seguido esta idea.

En caso de tales herencias vacantes, el fisco gozaba, desde luego, del ius abstinenti y, desde Justiniano, del beneficium inventarii.

Tenía una gran importancia práctica la cuestión de en qué momento se decidía quiénes eran los herederos legítimos: si a la muerte del de cuius o en el momento de la repudiación de la herencia por el heredero testamentario. Por ejemplo, en el momento de la muerte de A, éste tiene como próximo pariente un sobrino; cuando varios meses después, el heredero testamentario de A repudia la herencia, resulta que, entre tanto, el sobrino ha muerto dejando una mitad de su patrimonio a un amigo y, la otra, a un hijo. En tal caso, el heredero por vía legítima en el momento de la muerte de A, hubiera sido el sobrino; pero, en el momento de la repudiación, el heredero por vía legítima sería el hijo del sobrino. La primera de las apuntadas soluciones nos obligaría a repartir la herencia de A entre los dos herederos del sobrino; la segunda, empero, autoriza a entregar la herencia completa de A al hijo del sobrino. También desde el punto de vista fiscal, era importante saber si el hijo del sobrino recibía una herencia como próximo pariente o -a través del patrimonio de su difunto padre- como hijo y heredero del próximo pariente. Justiniano resuelve esta duda a favor de la segunda solución. El moderno derecho mexicano no es muy claro al respecto, aunque el artículo 1649 del Código Civil parece oponerse a la solución justiniana.

Con esta meritoria reforma, Justiniano ofreció a la vida jurídica una base para la sucesión legítima, a la cual el derecho moderno tuvo que aportar pocas correcciones. Las principales mejoras realizadas entre tanto por el derecho moderno son:

1. Una posición más favorable para el cónyuge superviviente.
2. La disposición de que los medios hermanos pertenezcan al mismo orden que los hermanos, con la diferencia que sólo reciben el cincuenta por ciento de lo que reciban éstos.
3. La introducción, aún más allá de los hijos de hermanos, del sistema de la representación, en relación con los colaterales.
4. Una limitación de la herencia por vía legítima a una máximo de cuatro grados. Si la justificación del sistema justinianeo y moderno era el presunto afecto dentro de la familia, no había por qué tener en cuenta los derechos de un pariente de décimo grado; probablemente, el de cuius ignoraba su existencia; con lo cual faltaba allí el argumento del "presunto afecto". (7)

El Lic. Florís Margadan en su libro comenta acerca de la figura de testamento, lo siguiente:

EL TESTAMENTO. - El testamento romano es un acto solemne por el cual una persona instituye a su heredero o a sus herederos. Es una manifestación de última voluntad, es decir, un acto esencialmente revocable. Esta última circunstancia no causa graves problemas jurídicos, ya que se trata, al mismo tiempo, de un acto unilateral.

Notemos, una vez más, que la terminología es imprecisa: testamentum no es sólo el acto de testar, sino también el documento en que este acto consta, también llamado tabulae.

La institución de uno o más herederos era un elemento indispensable del testamento romano, el *caput et fundamentum testamenti*, la cabeza y la base del testamento. Si la institución de heredero faltaba, o tenía un defecto jurídico o no era eficaz -en vista de la repudiación hecha por el heredero, o a causa de la muerte previa del heredero-, todas las demás disposiciones del testamento romano quedaban igualmente sin eficacia; en tal caso, eran nulos los legados, fideicomisos, desheredaciones, manumisiones, designaciones de tutores y curadores, etc. (8)

La definición con que comienza este párrafo, no es válida en el derecho moderno, ya que nosotros también reconocemos como testamento, por ejemplo, una mera lista de legados, sin institución de herederos. En tal caso, el resto de los bienes y de las deudas son por cuenta de los herederos por vía legítima; y, si los legados agotan todos los bienes, los legatarios se reparten las deudas en proporción a los beneficios que hayan recibido.

Ahora bien, la institución de un heredero distinto de los legítimos o la preferencia por uno de los herederos entre los legítimos, se manifestaba en un testamento, de manera que la esencia de este acto jurídico consiste en establecer un continuador de la personalidad del difunto, que correspondía a la libre elección de éste. Todo lo demás era accesorio y servía, en parte, para quitar ventajas materiales al heredero -mediante legados-, a fin de que éste se concentrara en su típica función trascendente. (9)

F. Lassalle dice que "el testamento romano es la inmortalidad romana", frase confirmada por Quintiliano cuando dice: *neque enim aliud videtur solatium mortis, quam voluntas ultra mortem*, no queda otro consuelo de la muerte que la supervivencia de la voluntad.

Como veremos, esta interpretación que Lassalle daba al testamento romano, permite quizás explicar una curiosa pugna entre el heredero, por una parte, y el testador y el legatario, por otra, cuyas diversas fases estudiaremos pronto, y que terminó con el compromiso de la Lex Falcidia y el senadoconsulto Pegasiano.

Este concepto original del testamento romano encontraba su base en antiguas ideas metafísicas populares. Desde las guerras púnicas, con la internacionalización de Roma, comenzó a cambiar este concepto, ante la decadencia de las ideas heredadas de la Roma arcaica. Paulatinamente, el testamento se convirtió en una base para el reparto de un patrimonio, nada más, y, por tanto, la función del heredero se asimiló a la función del legatario, en un largo proceso que en nuestra época ha llegado a su fin.

Nosotros ya no ligamos la eficacia del testamento a la aceptación de su papel por el heredero. Aunque éste repudie la herencia, los legados mencionados en el testamento pueden entregarse, y si los legados agotan los bienes de la herencia o no dejan lo suficiente para cubrir las deudas del difunto,

lo legatarios responden, proporcionalmente, de estas deudas, en cuyo caso el legado da lugar a una transmisión a título universal (algo que el jurista romano hubiera considerado una monstruosidad). (10)

Así, el heredero dejó de ser el fundamento de la vía testamentaria, y, al mismo tiempo, su función se redujo paulatinamente a los aspectos patrimoniales; mientras que, originalmente, la sucesión patrimonial se relacionaba en particular con la figura del legatario.

El testamento romano era una institución sorprendentemente antigua. Ya las XII Tablas nos hablan de él. El texto en cuestión, transmitido con algunas variantes por distintos autores, ha sido probablemente: *uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto* (o sea, las disposiciones testamentarias sobre pecunia o la tutela, deben ser observadas). Como se ve, aunque la palabra latina para designar el patrimonio era familia, esta disposición sólo habla de pecunia y tutela. (de pecunia, moneda, dinero).

La libertad testamentaria era una creación de las XII Tablas o una confirmación de derecho consuetudinario preexistente. Probablemente se trata de una confirmación. Las codificaciones antiguas no creaban *ex novo* muchas instituciones, y las pocas normas nuevas que los decemviri introdujeron se referían mas bien a cuestiones relacionadas con las controversias entre plebeyos y patricios.

El testador debía escoger al heredero de entre sus próximos parientes. A una persona con intuición sociológica le resulta difícil admitir que, en el siglo V antes de Jesucristo, en una comunidad rústica con evidentes reminiscencias de la copropiedad familiar, un paterfamilias podía dejar el patrimonio de su domus a cualquier extraño. Pero ya pocos siglos después, resultaba que se podía instituir heredero a cualquiera, y veremos cómo intervienen las autoridades judiciales para defender a los hijos y hermanos del testador contra la injusta preferencia de extraños. (11)

2. - EN EL DERECHO ALEMÁN.

Partiendo de una situación social y económica y de una comunidad familiar parecidas a las del primitivo Derecho Romano, los Derechos de raíz germánica siguieron caminos muy distintos. Acaso porque los pueblos germánicos desconocieron el culto de los antepasados, y consiguientemente, la institución del heredero necesario; o también por la falta de una concesión abstracta de la obligación, las deudas, durante mucho tiempo, en gran número de sistemas jurídicos son intransmisibles. En cuanto a los bienes, la consolidación de las ideas acerca de la propiedad privada, no hace desaparecer el recuerdo de la primitiva comunidad. Los hijos continúan teniendo sobre los haberes del padre, aun cuando no un derecho actual de comunero, sí un derecho expectante a recibirlos a la muerte de éste;

correlativamente, la única sucesión posible es la legal, siendo desconocido el testamento.

Un verdadero Derecho sucesorio, distinto del familiar, sólo se desarrolló en época relativamente avanzada, cuando se fue concediendo al titular del patrimonio la facultad de disponer sobre una parte (no grande) de él; aun así, el heredero sigue determinado necesariamente por el parentesco de sangre; mediante el testamento o los negocios que juegan el mismo papel, sólo puede favorecerse a título singular. (12)

La designación de un heredero por negocio jurídico, únicamente es posible a través de aquellos contratos o actos que tienden a crear un vínculo de parentesco (adopción); no, directamente, a designar un sucesor universal. No se concibe un heredero que no sea pariente de sangre de su causante: "los herederos nacen y no se hacen"; "sólo Dios puede hacer heredero, no el hombre", dicen antiguos proverbios. Consiguientemente, lo que el causante puede hacer en una primera época, sólo a falta de parientes de sangre para que sus bienes vayan a parar a determinada persona (al menos, en parte) es adoptarla como pariente, a fin de que le herede en calidad de tal.

Se comprende que, en ese ambiente, tanto la donación como el testamento adquieran, al aceptarse entre los germanos, caracteres absolutamente distintos de las instituciones que, con tales nombres, conocieron los cuerpos romanos; en particular, el testamento, esto es, la declaración

unilateral de última voluntad, no contiene institución de heredero. La institución de heredero llega en época muy tardía, y nunca, hasta la total recepción del derecho romano --y en los países en que esto sucede--, y como requisito indispensable del testamento: el Derecho francés de costumbre sigue manteniendo siempre la regla de que institution d'heritier n'a point lieu, y algunas "costumbres" llegaban al extremo de declarar nulos los testamentos que la contuvieran. (13)

3. - EN EL DERECHO ESPAÑOL.

Se establece de una manera general que la herencia intestada debe ir a los parientes más próximos. Los herederos que no quisieren pagar las deudas por ser mayores que la herencia, deben hacer cesión de los bienes heredados a los acreedores reclamantes.

Según el código de Eurico, las hijas heredaban igual porción que los hijos, pero no en propiedad, sino en usufructo, diferencia que no se mantuvo en el código de Leovigildo. Esta igualdad completa de derechos hereditarios entre hijos e hijas constituye una excepción entre todas las legislaciones bárbaras y se ha atribuido a la influencia del derecho romano.

La ley 10. tít. 2. lib. IV, dispone que en las herencias que correspondan a los parientes maternos las mujeres heredarán en igual proporción que los

varones del mismo grado. La ley 9, que es posterior, y que, según Zeumer, parece haber sido dada como suplemento a la 10. a, extiende la igualdad de derechos a las herencias por línea de varón.

Son llamados a la sucesión intestada, en primer lugar, los hijos, a falta de éstos los nietos, y a falta de éstos los biznietos, sin que deba entenderse limitado a este tercer grado el derecho de los descendientes, pues debe considerarse indefinido.

El derecho de representación para la línea descendente estaba ya admitido en el código de Eurico. Muriendo un hijo varón antes que el padre y dejando a su vez hijos, éstos deberán percibir la misma porción que hubiera correspondido a su padre de haber vivido.

Pero si quien ha muerto antes que el padre es una hija, los hijos que haya dejado no heredarán todo lo que hubiera correspondido a su madre, sino sólo dos terceras partes. Así parece que debe interpretarse la disposición supliendo lo que falta en el palimpsesto de San Germán de los Prados. En el Liber Judiciorum se reconoce a los nietos el mismo derecho de heredar en representación de su padre o madre muertos, pero sin hacer ya ninguna diferencia entre los sexos, de modo que los que heredan en representación de su madre perciben no los dos tercios, sino toda la porción que a su madre hubiera correspondido. (14)

A falta de descendientes llama la ley visigoda a los ascendientes, y en primer lugar a los padres; pero hay que tener en cuenta la procedencia de los bienes, de modo que los bienes que el difunto hubiere heredado de la línea paterna irán a los ascendientes paternos, y los que hubiere heredado de la línea materna a los ascendientes maternos. No habiendo descendientes ni ascendientes heredan los parientes colaterales, excluyendo los más próximos a los más remotos, sin que se admita el derecho de representación. No se sigue en este orden el principio de troncalidad, es decir, que no se tiene en cuenta la procedencia de los bienes.

La viuda con hijos hereda de los bienes de su marido una parte igual a la que corresponde a cada hijo, pero no en propiedad, sino en usufructo, debiendo ir estos bienes a sus hijos cuando ella muera o contraiga segundas nupcias.

(15)

La institución del testamento arraigó fácilmente entre los visigodos, más romanizados que otros pueblos bárbaros. La ley admite tanto el testamento escrito como el oral.

La edad necesaria para testar válidamente es, en general, la de 14 años. Los que no hubiesen cumplido esa edad y fuesen mayores de 10 años, podían testar hallándose aquejados de grave enfermedad que pusiere en peligro su vida, pero si sanaban de la enfermedad quedaría anulado el testamento, salvo que podía el testador confirmarlo una vez cumplidos los 14 años.

Es requisito general de los testamentos es que sean declarados y registrados en el plazo de seis meses después de la muerte del testador, para asegurar el cumplimiento de su voluntad, evitando fraudes o extravíos.

Este requisito, que es llamado publicatio, debe verificarse ante la autoridad religiosa o judicial.

El testamento ológrafo no debía de ser inusitado, a juzgar por el detalle con que se regula. Dice la ley de los visigodos (lib. II, tit. V, ley 14) que, como quiera que ocurre con frecuencia que no se encuentran testigos que legalmente intervengan en el otorgamiento, entonces el testador habrá de escribir por su propia mano sus disposiciones, expresando el día y el año en que lo hace y suscribiéndolo a continuación. Cuando este documento llega a manos de aquel a cuyo favor ha sido hecho, o de sus sucesores, deberán presentarlo en término de seis meses al obispo o al juez. Estos, teniendo a la vista otras tres escrituras suscritas por el testador, las compararán con el testamento, para ver si éste es auténtico.

En la colección de fórmulas visigóticas se encuentra una disposición mancomunada por la que dos cónyuges se instituyen mutuamente herederos, dejando los bienes de ambos al que de ellos sobreviva. La disposición está confirmada por juramento, y parece más contrato que testamento, pues los

disponentes se comprometen a no ir contra ella y, por tanto, no tiene el carácter revocable de las disposiciones testamentarias.

Una ley de Chindasvinto (1.a del tít. 5º del lib. IV) ordenó que los que tuviesen hijos o nietos legítimos sólo podrían disponer de la quinta parte de su herencia, constituyendo, por consiguiente, los otros cuatro quintos la legítima. Pero no quedaban obligados los padres a dejar la misma cuota a cada uno, sino que podían favorecer a alguno o algunos de ellos con la décima parte. Esta décima parte, que se podía distribuir a voluntad de los padres entre los hijos o nietos, constituía la mejora.

Ervigio, al reformar esta ley, elevó la mejora a la tercera parte. (16)

Según el Fuero Viejo, el huérfano o huérfana, desde los 7 años a los 12, si vinere a trance de muerte, podrá disponer en favor de su alma, de la quinta parte de sus bienes, y valdrá la disposición si muriere de aquella enfermedad. De los 12 a los 16 puede << dar la mitad de cuanto ovier e todo si quisier por su alma>>. A los 16 años puede ya disponer de sus bienes como le pareciere. Las Partidas requieren para testar 14 años en los varones y 12 en las mujeres y señalan diversas causas que incapacitan para hacer testamento.

El Fuero Real no determina el número de testigos. Las Partidas exigen siete. El Ordenamiento de Alcalá sólo pide tres, otorgándose el testamento con escribano público, y cuando éste no concurra, cinco testigos vecinos, si en el

lugar se pueden encontrar, y si no, tres. Las leyes de Toro mantuvieron sólo para el testamento abierto esta disposición del Ordenamiento de Alcalá y exigieron para el cerrado siete testigos con un escribano.

Respecto del testamento cerrado, disponen las Partidas que el testador ha de escribirlo por su mano a hacer que otro lo escriba en secreto; ha de cerrar el escrito con siete cuerdas de manera que queden pendientes para poner siete sellos y dejar tanto pergamino en blanco que puedan los testigos escribir sus nombres. Después de esto debe llamar a los testigos y mostrarles el escrito doblado diciéndoles: este es mi testamento, y os ruego que escribáis en él vuestros nombres y que lo selléis con vuestros sellos. También el testador escribirá su nombre o lo hará escribir después de los testigos, diciendo así: yo otorgo, que este es el testamento, que yo, fulano, fize, e mande escribir.

Testamento por comisario. Se admitió por el fuero Real y por el de Soria que el causante, en vez de otorgar por sí mismo su testamento, pudiera dar facultad a otra persona (comisario) para que en su nombre (en nombre del causante) lo otorgase y dispusiese de los bienes.

Las leyes de Toro regularon cuidadosamente el testamento por comisario sujetándolo a grandes limitaciones.

Dispusieron que en el otorgamiento de los poderes interviniera el escribano y testigos lo mismo que en los testamentos (ley 39). El comisario tiene

facultades distintas según que el poder sea general o especial. Si el poder está dado en términos generales, es decir, si el causante se ha limitado a decir que daba poder para hacer testamento, las facultades del comisario se reducen a pagar las deudas y cumplir las obligaciones personales del difunto, aplicar en beneficio de su alma la quinta parte de los bienes y entregar el resto a los parientes a quienes correspondiere heredar abintestato, debiendo, si no hubiere parientes, disponer de toda la herencia para obras pías y benéficas al alma del causante. No puede el comisario nombrar heredero, ni mejorar, ni desheredar, ni hacer ninguna sustitución, no nombrar tutores, si en el poder no se la han conferido esas facultades especiales. Para instituir heredero es además indispensable que en dicho poder se designe la persona a quien el comisario haya de nombrar.

La institución de heredero. Las Partidas consignan el principio romano de la necesidad de la institución de heredero, principio desconocido de la legislación visigoda y que tampoco se encuentra en el Fuero Real. (17)

<< Fundamento e rayz de todos los testamentos, de qualnatura quier que sean, es establecer herederos en ellos>> (Part. 6. a. tit. 3º., proemio).

El Ordenamiento de Alcalá declaró innecesario ese requisito, estableciendo que el testamento sería válido en los legados y en todo lo demás, aunque el testador no hubiere nombrado ningún heredero. En este caso habría de ser heredero aquel a quien correspondiese abintestato.

Codicilos. Los romanos usaron para disponer mortis causa, además de los testamentos, los codicilos, que no requerían las formalidades de los testamentos y en los cuales no se podía hacer institución de heredero.

Las Partidas mantuvieron esta distinción exigiendo para los codicilos cinco testigos, que no necesitaban ser rogados. Pero el Ordenamiento de Alcalá ya no hace diferencia y las leyes de Toro disponen que en los codicilos intervenga la misma solemnidad que en el testamento abierto. (18)

EN EL DERECHO MEXICANO

EN EL DERECHO AZTECA

La sucesión respecto de los bienes de la nobleza era la siguiente: en primer lugar, correspondía a los hijos y especialmente al hijo mayor de la esposa principal; en su falta, a un nieto agnado y subsidiariamente a un nieto cognado, y en defecto de éstos, correspondía a un hermano, particularmente al que era considerado más idóneo; eventualmente se escogía otro pariente. Las hijas eran excluidas, principalmente en Tlaxcala.

Por lo demás el autor de la herencia podía designar su sucesor; lo cual estaba en uso especialmente en Michoacán, donde el sucesor participaba de los bienes en vida del autor.

La sucesión de los plebeyos variaba según los lugares; existía la primogenitura, caso en que el primogénito debía encargarse de toda la familia y atender a los tributos, o bien el derecho de la división por igual entre los hijos. En caso de haber varias esposas, eran preferidos los hijos de la principal; pero no en todas partes. A falta de hijos, correspondía la sucesión al hermano o al sobrino y en su defecto al pueblo o al soberano; en el primer caso, probablemente respecto a las tierras del calpul-li; en el segundo, respecto a la posesión, enfitéutica y de la propiedad inferior, evento en que naturalmente, los bienes muebles, como el menaje de la casa, seguían al resto.

Entre los mixtecas a falta de hijo, podía heredar también la hija de la mujer principal.

El hijo tenía que sufrir durante todo un año muy rígidas penitencias en un convento, antes de recibir la herencia.

Quien ultrajaba a sus padres se hacía indigno de heredar, él y toda su descendencia.

A su muerte, el padre podía repartir su fortuna según su voluntad entre sus hijos, y en particular sus bienes raíces y sus siervos.

También tenía el derecho de desheredar en caso de que considerara al hijo cobarde, cruel y pródigo. (19)

EN EL CODIGO CIVIL DE 1870

La figura del testamento en el Código de 1870 se contemplaba como sigue:

El artículo 3374 lo define como "El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento" (20)

El testamento es un acto personalísimo que no puede ser hecho por una persona diferente al testador como acertadamente lo contempla el artículo 3375 del presente precepto, ya que si se permitiera que otra persona realizara este acto aunque fuera con el consentimiento del testador perdería su carácter de personal.

Así como esta permitido que el testador encomiende a una tercera persona de su confianza la distribución de sus bienes como de cantidades en dinero a las personas o instituciones de beneficencia de que él haya hecho mención en su testamento como lo señalan los artículos 3377 y 3378 del mencionado Código.

También dentro del Código se hace mención a la prohibición de que en un mismo acto puedan hacer su testamento dos o más personas aunque vayan a testar una en favor de la otra, o unas en favor de las otras como lo señala el artículo 3383.

Si el testamento se llegará a perder por un motivo desconocido por el testador o bien porque haya sido ocultado por una tercera persona que actuó con intención de crearle un perjuicio a los herederos ésto lo pueden hacer valer si demuestran de algún modo la pérdida de éste y su contenido.

En cuanto a la capacidad para testar dentro del Código Civil de 1870 se señala que sólo tenían capacidad para ello los que estaban en perfecto conocimiento de lo que iban a realizar así como aquéllos que disponían de una completa libertad tanto de alguna amenaza o de alguna restricción de tipo moral al momento de ejecutar el acto.

Así como se consideraba incapaces para testar a los varones de catorce años y a las mujeres de doce años así como a una persona que se encuentre en estado de interdicción.

En cuanto al Código Civil de 1884 sólo diremos que tiene una similitud total con el Código Civil de 1870 en materia de Testamentos

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) Lacruz Berdejo José Luis "Derecho de Sucesiones" Editorial Librería Bosch, Madrid, 1980 Pag. 17
- (2) INEM Pag. 18
- (3) IDEM Pag. 20
- (4) IDEM Pag. 20
- (5) Sohm Rodolfo "Instituciones de Derecho Privado Romano, Gráfica Panamericana. S. de R. L. 1951, P.P. 334, 335
- (6) IDEM P.P. 335
- (7) Floris Margadant S. Guillermo, "El Derecho Privado Romano", Editorial Esfinge S.A. de C.V., 1986, Pag. 461, 462
- (8) IDEM P.P. 462, 463
- (9) IBIDEM Pag. 463
- (10) Floris Margadant S. Guillermo, OPCIT Pag. 464
- (11) IDEM P.P. 464, 465, 466
- (12) Floris Margadant S. Guillermo, "El Derecho Privado Romano", Editorial Esfinge S.A. de C.V. 1986 P.P. 464, 465 y 466
- (13) Lacruz Berdejo José Luis OP. CIT. Pag. 18 y 19
- (14) IDEM Pag. 19
- (15) Minguijón Salvador "Historia del Derecho Español" Editorial Labor S.A. Vol. 1, Barcelona, 1927 P.P. 56 y 57
- (16) IDEM P.P. 57
- (17) IBIDEM P.P. 57 a 59

(18) Minguljón Salvador OPCIT P.P. 59 y 166 a 168

(19) Kohler "Revista de Derecho Notarial", México 1969, No. 35 Vol. XIII, Pag. 61 y 62

(20) "Código Civil para el Distrito Federal", Editorial Aguilera e Hijos México 1879, Pag. 296

CAPITULO SEGUNDO

EL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO EN LA LEGISLACION VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL.

2.1. - DEFINICION DE TESTAMENTO.

Veamos que opinan algunos de los doctrinarios en esta materia antes de llegar a lo que contempla nuestro Código Civil actual.

La de MODESTINO: Testamentum est voluntatis nostroe justa sententia, de eo quod quis post mortem suam, fieri velit. Una justa disposición, decisión, de nuestra voluntad de aquello que alguien desea que sea hecho después de su muerte. (1)

La de ULPIANO: est mentis nostroe justa contestatio, in id solemniter facta, ut post mortem nostram valeat. Una afirmación justa de nuestra mente, hecha en forma solemne para que valga después de la muerte. (2)

Ruggiero define el testamento como un acto solemne, unilateral, espontáneo, revocable, por el cual una persona determina el destino de su patrimonio para después de su muerte y reglamenta sus relaciones jurídicas para el tiempo en que no viva. (3)

Valverde nos dice que el testamento es un negocio jurídico unilateral, personal y autónomo, en el que la voluntad produce su efecto hasta después de la muerte del que la emite. (4)

Así nuestro Código Civil, en su artículo 1295, da la siguiente definición: "Testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz, dispone de sus bienes y derechos y declara y cumple deberes para después de su muerte". (5)

Así podemos concluir en que todas las definiciones anteriores, concuerdan de una manera muy acertada que el testamento es un acto personalísimo en donde el único que puede decidir que se hará con sus bienes después de su muerte es el testador.

2.2. - ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y DE VALIDEZ.

Como todos los actos jurídicos, tiene elementos de existencia y elementos de validez.

Los de existencia son: la voluntad y el objeto. La voluntad en el testamento, como acto unilateral, substituye el consentimiento en los actos bilaterales; pero debe ser emitida con la finalidad de producir consecuencias de derecho; en esto se diferencia de los hechos jurídicos voluntarios; pero si el que

la emite desea producir otra clase de efectos que no sean jurídicos, o morales, no puede entenderse que sea testamento lo que se trata de otorgar.

El artículo 1489 del Código Civil presupone este elemento de existencia; pero, además, exige que la voluntad se exprese clara y cumplidamente, y, como consecuencia, derogando principios de la teoría general del acto jurídico, no se admite la voluntad.

Por lo que se refiere al objeto, también como elemento de esencia, la Doctrina actual distingue entre objeto directo y objeto indirecto; el primero tendría como finalidad crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones; hipótesis que sí encontramos en el testamento; y el segundo, el objeto de la obligación que ha nacido del acto jurídico, que puede consistir en dar, hacer o no hacer, así como en la prestación o abstención de la obligación que se trata de crear, modificar, transmitir o extinguir; también encontramos este objeto en el testamento.

Capacidad. - En el testamento, la capacidad exigida por la ley para su otorgamiento válido, es la edad de dieciséis años, excepción a la regla general, que exige veintiún años de edad; además que esté el testador en su sano juicio, es decir, en el goce de sus facultades mentales; sin embargo, a pesar de que la capacidad es sólo elemento de validez, en el testamento su falta produce nulidad absoluta.

Vicios de voluntad. - Estos son el error, la violencia, el dolo y la lesión.

Tendremos que descartar inmediatamente la lesión, ya que por tratarse de un acto jurídico gratuito no puede producirse. Por el contrario, el error sí es un vicio destructivo de la voluntad.

En el testamento sólo se reglamenta el primer caso, ya que el artículo 1301 del Código Civil sólo nulifica las disposiciones testamentarias que se funden en "una causa expresa, que resulte errónea si ha sido la única que determinó la voluntad del testador".

En cuanto a la violencia, puede ser física o moral, está prevista en los artículos, a propósito del testamento y sancionada con la nulidad del mismo. En este último artículo la ley emplea un lenguaje equivocado, al suponer que el testamento captado por violencia su revalidación se hará "con las mismas solemnidades que si se otorgara de nuevo", pues de no hacerlo así, será nula la revalidación.

El dolo y el fraude o mala fe, consisten, el primero en el empleo de maquinaciones o artificios para inducir a error o mantenerlo en él, al contratante, en este caso, al testador; el fraude consistiría en el silencio para mantener al testador en el error que sufre; el dolo es activo y el fraude es pasivo; en el testamento sólo puede provenir de un tercero ajeno al testamento.

La forma en los testamentos se le considera como un acto jurídico solemne, es decir, que la técnica jurídica eleva la forma a la categoría de elemento de esencia del acto y cuya falta se sanciona con la inexistencia.

En relación con el testamento, el artículo 1491 del Código Civil dispone que el testamento es nulo cuando se otorga en contravención a las formas prescritas por la ley.

También podemos hablar de que el testamento es un acto esencialmente revocable. El fundamento de la posible revocación del testamento radica precisamente en su irrelevancia jurídica externa antes de la muerte y no en ser un acto a causa de la muerte. v.g.r. un testamento hecho en el año de 1986 se revoca automáticamente con uno hecho en el año de 1993 por el mismo testador.

Es decir es revocable ya que en los actos de última voluntad lo que importa es la última declaración del testador, consecuentemente esta última va a anular una declaración hecha anteriormente, es decir un testamento actual revoca uno ya hecho con anterioridad.

El testamento es un acto unipersonal ya que no puede ser sino obra de una sola persona y es por ello que es nulo el testamento en el cual durante el mismo acto dos o más personas disponen de sus bienes en favor de un tercero v.g.r. si durante un mismo acto Luis y Daniel le dejan sus bienes a Lucy, o bien

Lucy, Daniel y Luis se designan herederos o legatarios recíprocamente. Ya que nuestra legislación dispone que el testador debe tener plena libertad para expresar su voluntad y se entiende que esto no va a ser posible si en el mismo acto interviene otro u otros individuos.

2.3. - CAPACIDAD PARA TESTAR

Como en todo acto jurídico en la figura del testamento es necesario que el testador sea un sujeto capaz. Por capacidad en general se entiende la aptitud legal de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones.

Ahora bien, debemos hacer notar que existen dos tipos de capacidad que son la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio.

Entendiéndose como capacidad de goce un atributo de la persona el cual se adquiere con el nacimiento y se pierde por la muerte lo cual nos convierte en sujetos con derechos pero también con obligaciones.

"Artículo 22. - La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código". (6)

Ahora bien, diremos que la capacidad de ejercicio es la aptitud que requieren las personas para poder ejercitar por sí mismos sus derechos y dar cumplimiento a sus obligaciones. Este tipo de capacidad se adquiere al cumplir la mayoría de edad es decir los dieciocho años.

"Artículo 24. - El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley". (7)

Nuestro Código Civil en su Artículo 450. - Nos dice:

"Tienen incapacidad natural y legal:

- I. - Los menores de edad;
- II. - Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquéllos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que ésto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio." (8)

Terminaremos concluyendo que en base a lo escrito anteriormente debemos entender que la capacidad de goce se adquiere al nacer y se pierde con la muerte, que la capacidad de ejercicio se adquiere a los dieciocho años y

nos faculta para hacer valer nuestros derechos pero también nos constriñe a cumplir con nuestras obligaciones.

Una vez que hemos hablado un poco de la capacidad en general trataremos de esta misma pero dentro de la materia que nos ocupa.

El Código Civil vigente en su artículo 1305 nos dice " Pueden testar todos aquéllos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho". (9).

Este precepto no tiene mayor finalidad que establecer el derecho o fijar, las aptitudes, de conceder al ciudadano los derechos que le son propios por ser parte de colectividad regida por la ley.

También el mismo Código antes mencionado nos señala que están incapacitados para testar los menores de dieciséis años sean mujeres u hombres, menciona también que son incapaces para testar los que de forma habitual o accidental no disfrutan de su cabal juicio. (artículo 1306)

Veamos que en este último artículo al que hemos hecho mención existe una falta de claridad por parte del legislador. La falta de claridad proviene de limitar expresamente solo a los menores de 16 años la capacidad testamentaria y evocar muy a groso modo la limitación o incapacidad para testar a aquéllos

que no disfrutaran de su juicio por una afectación mental ya sea habitual o accidentalmente.

Pero se le olvidó al legislador establecer la forma en que se podría conocer la capacidad o incapacidad mental del individuo para testar.

Porque en nuestro código solo se habla de prohibir el derecho de testar a un demente pero no se dice como puede saber la existencia de tal demencia.

En los artículos 1307 y 1308 que, textualmente dicen:

ART. 1307. - "Es válido el testamento hecho por un demente en un intervalo de lucidez, con tal de que al efecto se observen las prescripciones siguientes". (10)

ART. 1308. - "Siempre que un demente pretenda hacer testamento en un intervalo de lucidez, el tutor y, en defecto de éste, la familia de aquél, presentará por escrito una solicitud al juez que corresponda. El juez nombrará dos médicos, de preferencia especialistas en la materia, para que examinen al enfermo y dictaminen acerca de su estado mental. El juez tiene obligación de asistir al examen del enfermo, y podrá hacerle cuantas preguntas estime convenientes, a fin de cerciorarse de su capacidad para testar". (11)

Tanto los dos anteriores artículos a los que hemos hecho mención, así como los restantes de este capítulo se refieren al testamento otorgado por un demente en un intervalo de lucidez y marcan al Juez, la forma de recibir el testamento con la asistencia de un Notario.

En nuestra opinión la legislación actual en esta materia no padece solo de falta de claridad sino también de falta de extensión ya que el legislador debió prever la situación de los individuos que siendo dementes y estando en estado de afectación mental otorgan testamento, presentándose al Notario que no está capacitado para juzgar si está o no en su "cabal juicio".

En nuestra legislación existe el estado de interdicción el cual consiste en la pérdida de la capacidad de ejercicio de una persona mayor de edad, declarada por un Juez de lo Familiar. Tal declaración de interdicción tiene por objeto la protección de la persona y los bienes del mayor que ha caído en estado de incapacidad por alguna de las siguientes causas: se encuentre privado de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad o es sordo-mudo o es un ebrio consuetudinario o hace uso inmoderado de drogas enervantes. (artículo 450)

Por lógica se concluye entonces que un mayor de edad declarado en estado de interdicción no tiene capacidad para testar.

Si bien es cierto todo lo anterior, también lo es que los declarados en estado de interdicción si pueden hacer testamento en un momento de lucidez, de acuerdo con los requisitos que establecen los artículos 1307 a 1312 del Código Civil, porque entonces deja de existir la incapacidad aunque sea sólo durante el intervalo de lucidez a que la ley se refiere. En efecto, siempre que un demente pretenda hacer testamento en un intervalo de lucidez, el tutor y en defecto de éste, la familia de aquél, presentará por escrito una solicitud al Juez de Primera Instancia que corresponda al lugar donde se encuentre el demente. El Juez nombrará dos médicos, de preferencia especialistas en la materia, para que examinen al enfermo y dictaminen acerca de su estado mental. El Juez debe asistir al examen del enfermo y podrá hacerle cuantas preguntas estime convenientes a fin de cerciorarse de su capacidad para testar, haciendo constar en acta formal el resultado del reconocimiento y si éste fuere favorable se procederá desde luego a la formación de testamento público abierto con todas las solemnidades que se requieran, debiendo estar presentes y firmar el acta notarial respectiva, además del Notario y de los testigos, el Juez y los médicos que intervinieron para el reconocimiento, poniéndose al pie del testamento razón expresa de que durante todo el acto conservó el paciente perfecta lucidez de juicio, pues sin este requisito y su constancia relativa, será nulo el testamento.

Momento en que deba apreciarse la capacidad para testar.

Para juzgar de la capacidad del testador, el artículo 1312 determina que se atenderá especialmente al estado en que se halle al hacer el testamento.

Ese precepto proviene del artículo 666 del Código Civil Español que usa el adverbio "únicamente" en lugar de "especialmente". Por tanto, la disposición legal debe interpretarse en el sentido de que la capacidad del testador ha de ser apreciada según el estado en que se encuentre antes, en y después del acto testamentario.

2.4 CAPACIDAD PARA HEREDAR.

Empezaremos diciendo que como se trata de suceder a una persona en sus bienes y relaciones que no desaparecen con la muerte, es necesario que el heredero sea un ser vivo.

La regla general para heredar es que todos tienen capacidad para ello según lo indica el artículo 1313 en su primera parte que dice: "Todos los habitantes del Distrito Federal, de cualquier edad que sean, tienen capacidad para heredar y no pueden ser privados de ella en lo absoluto..."

En este mismo precepto podemos observar en su parte final, las excepciones a la regla general de la capacidad para heredar que textualmente dice: "pero con relación a ciertas personas, y a determinados bienes, pueden perderla por alguna de las causas siguientes: I. - Falta de personalidad; II. - Delito; III. - Presunción de influencia contraria a la libertad del Testador o a la verdad o integridad del testamento; IV. - Falta de reciprocidad Internacional; V.

- Utilidad Pública; VI. - Renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento”...

Por falta de personalidad no pueden heredar: el no concebido y el premuerto al momento del fallecimiento del testador, así como las personas morales no constituídas al tiempo de dicho fallecimiento.

Como excepción a ésto último tenemos la creación de fundaciones de Asistencia Privada que pueden ser instituidas por testamento según lo indica el artículo 1o. de la Ley de Asistencia Privada vigente en el Distrito Federal.

El no nacido pero que ha sido concebido al tiempo de la muerte del testador, sí tiene capacidad para heredar, siempre y cuando al nacer, viva por lo menos 24 horas o sea presentado vivo al Juez del Registro Civil como lo señalan el artículo 1314 y 337 del multicitado Código Civil.

Si bien es cierto que anteriormente la Iglesia y sus Ministros carecían totalmente de personalidad jurídica y por tanto no podían heredar de ningún modo, actualmente al reconocerle el Estado dicha personalidad jurídica, considero que ya podrán tener legalmente reconocido su derecho a testar y heredar.

También el Código nos señala que tanto los ministros del culto y para quienes presten auxilios espirituales durante la enfermedad de que hubiere

fallecido el testador carecen de capacidad para heredar, así como sus ascendientes y descendientes 1325. Y el mencionado Código señala que el Notario que sabiendo de estas prohibiciones autorice un testamento que contravenga lo dispuesto en el artículo anterior sufrirá de la pena de privación de oficio, artículo 1326.

Es frecuente encontrar personas que deseen dejar parte de sus bienes a organismos Internacionales v.g.r. Cruz Roja Internacional, etc. En nuestra legislación una persona moral no puede ser heredera de un mexicano según el artículo 1328 que dice: "Por falta de reciprocidad Internacional son incapaces de heredar por testamento o por intestado sus bienes a favor de los mexicanos". Una persona moral no puede hacer testamento ni tiene parientes, por tanto no puede ser heredera de un mexicano. Por lo que se refiere a la presunción de influencia contraria a la verdad o integridad del testamento se prohíbe o incapacita para heredar al titular de la sucesión a los Notarios, testigos, así como a los cónyuges, hermanos, ascendientes o descendientes de éstos, que hayan intervenido en el testamento artículo 1324.

Respecto a las incapacidades para heredar por delito de que habla el artículo 1316 en sus diversas fracciones, únicamente desaparecen por el perdón hecho de forma clara por el testador según el artículo 1318 y 1319 que dicen "Cuando la parte agraviada de cualquiera de los modos de suceder al ofendido, por intestado, si el perdón consta por declaración auténtica o por hechos indubitables"; "La capacidad para suceder por testamento solo se

recobrará si después de conocido el agravio el ofendido instituye heredero al ofensor o revalida su institución anterior con las mismas solemnidades que se exigen para testar".

2.5 IMPLICACIONES JURIDICAS PARA DESPUES DE LA MUERTE DEL TESTADOR.

Es evidente que en el patrimonio del testador es donde se manifiestan las implicaciones a que aquí hacemos mención, las cuales varían según la última voluntad del autor de la sucesión; ésto es, que no puedan ser las mismas si el testador heredó a título universal o particular o si estableció legados, nos vamos a referir aquí a cada uno de los casos.

Así pues cuando el sucesor hereda a título universal, significa que el heredero va a responder de las cargas y derechos a que tuvo que responder el testador si no se hubiera producido su muerte, siempre y cuando el valor de lo heredado sea mayor a las cargas, porque de lo contrario está en posibilidad de repudiar la herencia.

La primera implicación jurídica a que tenemos que hacer referencia, es la transmisión de la propiedad de los bienes del testador al heredero, la cual se sucede con el solo hecho de su muerte.

Otra implicación para nosotros, que desde este punto de vista es la obligación del heredero de responder de las cargas o deudas que haya dejado el testador pero con los bienes heredados.

Como es claro que las obligaciones del de cujus no se extinguen con su muerte, sino que éstas pasan directamente a sus bienes, es decir, que con sus bienes tienen que ser cubiertas, y son éstos los que sufren jurídicamente tales cambios. Y los herederos al respecto solo son administradores de dichos bienes hasta en tanto se cumpla con las obligaciones o cargas contraídas por el testador.

El legatario adquiere a título particular, es decir bienes concretos y determinados; no sustituye al autor de la sucesión.

El legatario adquiere, el heredero principal sustituye y como consecuencia puede o no adquirir bienes, según los haya, o no en la herencia. La responsabilidad del legatario solo es subsidiaria, evidentemente que la misma sólo se reduce a lo que adquiere y no responde con sus propios bienes.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) Ibarrola de Antonio, "Cosas y Sucesiones", Editorial Porrúa S.A. México 1991 Pag. 683
- (2) IDEM Pag. 683
- (3) Aguilar Carrajal Leopoldo "Segundo Curso de Derecho Civil Bienes, Derechos Reales y Sucesiones" Editorial Porrúa S.A. México 1980
- (4) IDEM Pag. 288
- (5) "Código Civil para el Distrito Federal", Editorial Porrúa S.A. México 1992 Pag. 251
- (6) IDEM Pag. 47
- (7) IBIDEM Pag. 47
- (8) "Código Civil para el Distrito Federal" OPCIT Pag. 127
- (9) "Código Civil para el Distrito Federal" Editorial Porrúa S.A. México 1992 Pag. 252
- (10) IDEM Pag. 253
- (11) IBIDEM Pag. 25

CAPITULO TERCERO

EL ESTADO JUEZ ANTE EL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO

3 .1. - La competencia Judicial

Hablemos un poco de los juicios sucesorios.

Juicio Sucesorio. - Es el proceso que regula la transmisión a título universal de los bienes, derechos y obligaciones del difunto a sus herederos.

(: 1)

Juicios sucesorios "Son aquéllos mediante los cuales se establecen los bienes que forman el activo de la herencia; se comprueban las deudas que constituyen al pasivo y luego de procederse a su pago, se reparte el saldo entre los herederos, de acuerdo con el testamento, o a falta de éste, de acuerdo con las disposiciones del Código Civil". (2)

Para lograr la finalidad de que los bienes, derechos y obligaciones del difunto pasen a título universal a sus herederos, la legislación positiva determina quienes son los herederos, qué bienes constituyen el acervo hereditario, como se administran los bienes y cómo deben distribuirse. Como la herencia puede diferirse por la voluntad del testador o por disposición de la ley.

Podemos concluir en base a las definiciones anteriores que los Juicios Sucesorios tienen como finalidad dar a cada uno de los herederos lo suyo, así como también si el testador dejó deudas sus acreedores puedan reclamar el pago de éstas.

Debemos distinguir que los juicios sucesorios son de dos clases los ab intestato o sin testamento y los testamentarios es decir con testamento.

El Juicio Ab Intestato o sin testamento "Es el que determina la sucesión legítima de una persona fallecida sin testar o cuyo testamento haya sido declarado nulo, o sin válida institución de heredero universal, practicado provisionalmente mientras se designan los herederos y entre ellos se distribuyen los bienes del difunto, las diligencias necesarias para la seguridad de aquéllos y su conveniente administración". (3)

En cambio el juicio testamentario o con testamento podemos definirlo como el conjunto de actuaciones judiciales que deben llevar a cabo los herederos instituidos como tales en el testamento para adjudicarse los bienes dejados por el testador.

Como antecedente a la competencia judicial mencionaremos que el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal anterior es decir el de 1884, trataba de estos juicios en su libro cuarto que llevaba el título de "De la Jurisdicción Mixta"

Aunque la doctrina procesal ha discutido y debatido mucho al respecto de que si los juicios sucesorios corresponden a la jurisdicción contenciosa o a la voluntaria, a este respecto el Lic. Luis Ramírez Corzo, dice:

"Los juicios sucesorios, ya se trate de sucesiones testamentarias o ab intestatos, son juicios que corresponden claramente a la jurisdicción contenciosa.

En nuestros antecedentes legislativos, todas las leyes han catalogado a las sucesiones dentro de los juicios de jurisdicción contenciosa, con la única excepción del Código anterior de Procedimientos Civiles, que las colocaba dentro de la jurisdicción mixta, los juicios sucesorios deben considerarse comprendidos en la jurisdicción contenciosa, porque no caben dentro de los conceptos de la definición de la jurisdicción voluntaria.

Concluiremos comentando que en nuestra opinión con respecto a la competencia judicial de los juicios sucesorios es que realmente y sin lugar a dudas esta debe de pertenecer a una jurisdicción contenciosa ya que si bien es cierto que al existir un testamento en donde el testador dictó su última voluntad dando a cada heredero lo suyo, también es cierto que al hacer público este puede venir un tercero o reclamar un derecho sobre esta última voluntad constituyéndose así un litigio entre los que están dentro del testamento y fuera de él, el cual sólo puede resolverse ante una jurisdicción contenciosa.

Ya que de otro modo no se le podría dar solución si este tipo de juicios estuviera contemplado en una jurisdicción voluntaria. También agregaremos que los juicios sucesorios ab intestato o testamentarios se tramitan por la vía Civil ante un Juez de lo Familiar.

El testamentario, cubriendo ciertos requisitos también es posible su tramitación por la Vía Notarial como más adelante comentaremos.

3.2 FORMALIDADES

Enumeraremos las formalidades requeridas en un juicio intestado.

a) Denuncia. - Al promoverse un intestado justificará el denunciante el parentesco o lazo si existiere y que lo hubiere unido con el autor de la herencia, en el grado por el que pueda considerarse heredero legítimo.

Debe el denunciante indicar los nombres y domicilio de los parientes en línea recta y del cónyuge supérstite, o la falta de ellos de los parientes colaterales dentro del cuarto grado, presentándose de ser posible las partidas del Registro Civil que acreditan la relación.

El juez tendrá por radicada la sucesión y mandará notificarlo por cédula o correo certificado a las personas señaladas como descendientes, ascendientes

y cónyuge supérstite o en su defecto como parientes colaterales dentro del cuarto grado, para que justifiquen sus derechos a la herencia y nombren albacea.

b) Declaración de herederos. - Los herederos ab-intestato que sean descendientes del finado podrán obtener la declaración de su derecho, justificando, con los correspondientes documentos o con la prueba que sea legalmente posible, su parentesco con el mismo o con información testimonial que acredite que ellos o los que designen son los únicos herederos.

Practicadas las diligencias antedichas, se dictará auto haciendo la declaración de herederos ab-intestato.

Hecha la declaración de herederos en la forma indicada, el juez, en el mismo auto en que la hizo, citará a una junta de herederos dentro de los ocho días siguientes para que designen albacea.

Se omitirá la junta si el heredero fuese único o si los interesados desde su presentación dieron su voto por escrito o en comparecencia; en este último caso, al hacerse la declaración de herederos hará el juez la designación de albacea, teniendo éste el carácter de definitivo.

Si ninguno de los pretendientes hubiere sido declarado heredero, continuará como albacea judicial el interventor que se hubiere nombrado antes o que en su defecto se nombre.

Si la declaración de herederos la solicitaren los parientes colaterales dentro del cuarto grado, el juez, después de recibir los justificantes de entroncamiento y la información testifical, mandará fijar avisos en los sitios públicos del lugar del juicio y en los lugares del fallecimiento y origen del finado, anunciando su muerte sin testar y los nombres y los grados de parentesco de los que reclaman la herencia y llamando a los que se crean con igual o mejor derecho, para que comparezcan dentro de cuarenta días, pero se podrá ampliar este plazo cuando, por el origen del difunto u otras circunstancias, se presuma que podrá haber parientes fuera de la República.

Transcurrido el término de los edictos si nadie se hubiere presentado, trayendo los autos a la vista, el juez hará la declaración de herederos. Si hubieren comparecido otros parientes, el juez les señalará un término no mayor de quince días para que, con audiencia del Ministerio Público, presenten los justificantes del parentesco, procediéndose en la forma ordinaria.

Si dentro del mes de iniciado el juicio sucesorio no se presentaren descendientes, cónyuge, ascendientes, concubina o colaterales dentro de cuarto grado, el juez mandará fijar edictos en los sitios públicos de la manera y por el término de cuarenta días expresado en el artículo 807 del Código de Procedimientos, anunciando la muerte intestada de la persona de cuya sucesión se trate y llamando a los que se crean con derecho a la herencia.

Los que comparezcan deberán expresar por escrito el grado de parentesco en que se hallen con el causante, justificándolo con los correspondientes documentos, acompañados del árbol genealógico.

Si a consecuencia de dichos llamamientos se presentase un aspirante o varios que aleguen igual derecho fundados en un mismo título, se procederá como en los casos de denuncia ordinaria del ab-intestato, que quedan expuestos.

Si fueren dos o más los aspirantes a la herencia y no estuvieren conformes en sus pretensiones, los impugnadores harán de demandantes y los impugnados de demandados, debiendo los que hagan causa común formular sus pretensiones o defensas en un mismo escrito y bajo representación común.

La declaración de herederos en un intestado surte el efecto de tener por legítimo poseedor de los bienes y derechos del testador a la persona en cuyo favor se hizo.

Si no se hubiere presentado ningún aspirante a la herencia o no fuere reconocido con derecho a ella ninguno de los pretendientes, se tendrá como heredera a la Beneficiencia Pública. (4)

Inventario y Avalúo.

El inventario es la relación pormenorizada de los bienes, derechos y acciones que pertenecen al autor de la herencia, así como de los créditos que contra el aparezcan, formado por escrito.

Puede ser judicial o extrajudicial. Llámese judicial al formado ante el juez de la sucesión; extrajudicial al practicado sin intervención del juez.

El avalúo tiene por objeto determinar exactamente el justo valor de los bienes inventariados.

Dentro de diez días de haber aceptado su cargo, el albacea debe proceder a la formación del inventario y avalúo dando aviso al juzgado, y dentro de los sesenta días de la misma fecha deberá presentarlos.

El inventario se practicará por el actuario del juzgado o por un notario nombrado por la mayoría de los herederos, cuando ésta la constituyen menores de edad o cuando los establecimientos de beneficencia tuvieren interés en la sucesión como herederos o legatarios.

Los herederos, dentro de los diez días que sigan a la declaración o reconocimiento de sus derechos, designarán por mayoría de votos, un perito valuador, y si no lo hicieren o no se pusieren de acuerdo, el juez lo designará.

El albacea en su caso procederá, en el día señalado, con los que concurren, a hacer la descripción de los bienes con toda claridad y precisión por el orden siguiente: dinero, alhajas, efectos de comercio o industria, semovientes, frutos, muebles raíces, créditos, documentos y papeles de importancia, bienes ajenos que tenía en su poder el finado en comodato, depósito, prenda o bajo cualquier otro título, expresándose éste.

La diligencia o diligencias de inventario serán firmadas por todos los concurrentes y en ella se expresará cualquier inconformidad que se manifestare.

Si el albacea no promoviere la formación del inventario, dentro del plazo legal, podrá promoverla cualquier heredero y si no se presentare a su debido tiempo será removido.

Practicados el inventario y avalúo serán agregados a los autos y se pondrán de manifiesto en la Secretaría por cinco días, para que los interesados puedan examinarlos, citándoseles por cédula o correo.

Si transcurriese ese término sin haberse hecho oposición, el juez los aprobará sin más trámite. (5)

Aprobados el inventario y el avalúo de los bienes y terminados todos los incidentes a que uno y otro hayan dado lugar, se procederá a la rendición de cuentas.

Rendición de Cuentas.

La rendición de cuentas constituye una obligación atribuída con carácter general a cuantos tienen a su cargo la administración de bienes, es decir el albacea.

En materia de sucesiones, se encuentran sujetos a esta obligación el interventor, el cónyuge, en su caso, y el albacea, quienes deberán rendir dentro de los cinco primeros días de cada año del ejercicio de su cargo, la de su administración correspondiente al año anterior.

Cuando el que administre no rinda dentro del término legal su cuenta, será removido de plano, y también podrá serlo, a juicio del juez y solicitud de cualquiera de los interesados, cuando alguna de las cuentas no fuere aprobada en su totalidad.

Concluídas las operaciones de liquidación, dentro de los ocho días siguientes presentará el albacea su cuenta general de albaceazgos.

Partición de Herencia.

La partición es el conjunto de las operaciones practicadas para fijar el haber de cada partícipe y adjudicarle el que le corresponda.

a) Distribución provisional y partición. - El albacea, dentro de los quince días de aprobado el inventario, presentará al juzgado un proyecto para la distribución provisional de los productos de los bienes hereditarios, señalando la parte de ellos que cada bimestre deberá entregarse a los herederos y legatarios, del que se dará vista a los interesados por cinco días.

Aprobada la cuenta general de administración, dentro de los quince días siguientes presentará el albacea el proyecto de partición de los bienes.

Concluido el proyecto, el juez lo mandará poner a la vista de los interesados por un término de diez días. Vencido éste sin hacerse oposición, el juez lo aprobará y dictará sentencia de adjudicación. (6)

Una vez dictada la sentencia de adjudicación y que esta causó ejecutoria se pedirá al juez se gire oficio al Notario para el tiraje de las escrituras correspondientes.

Partes que intervienen en este tipo de juicio:

a). - el albacea, que tiene la representación funcional y conservación del patrimonio y su administración en beneficio de los herederos;

b). - la junta de herederos, que actúa en forma colegiada para tomar algunas determinaciones;

c). - el Ministerio Público, que representa a herederos ausentes mientras no se presentan, y a menores e incapacitados que no tengan representante;

d). - el interventor, que vigila la actuación del albacea;

e). - los cónsules extranjeros, por la reciprocidad internacional;

f). - el representante de la beneficencia pública, cuando no hay herederos; y

g). - los tutores de menores e incapacitados, cuando existen intereses encontrados en perjuicio de menores o incapacitados. (7)

JUICIO TESTAMENTARIO. - El que promuevan un juicio testamentario deberá presentar el testamento del difunto ante el juez correspondiente es decir ante el juez de lo familiar. Una vez presentado el testamento con su escrito correspondiente y a petición de parte el juez ordenará que se giren los oficios respectivos al Archivo General de Notarías para que éste a su vez informe si no existe otro testamento, así como a la Secretaría de Salubridad y Asistencia y al Archivo Judicial ya que éstos tienen como finalidad el vigilar los intereses de la

Beneficencia Pública. El juez sin más trámite lo tendrá radicado y convocará a los interesados a una junta para, que en caso de que exista un albacea nombrado en el testamento, se les dé a conocer, y si no lo hubiere se proceda a elegirlo. La junta se llevará a cabo dentro de los ocho días siguientes a la citación hecha por el juez si la mayoría de los herederos reside en el lugar del juicio.

Pero si la mayoría o alguno de los herederos radica fuera del lugar del juicio, el Juez señalará el plazo que crea necesario considerando la distancia entre el lugar del juicio y el lugar donde radican dichos herederos. La citación de éstos se hará por cédula o por correo certificado.

Si no se conociere el domicilio de los herederos y éstos radicaran fuera del lugar del juicio, se mandará por orden del juez publicar edictos en el lugar del juicio, en los sitios de costumbre, en el del último domicilio del finado y en el del lugar donde nació.

Si hubiera herederos incapacitados, menores de edad o ausentes, a la junta deberán ser citados también los tutores de los menores o de los incapacitados, así como los representantes legítimos de los ausentes, y el Ministerio Público para que represente a los herederos que fueron citados pero no se presentaron, ésta representación durará hasta que dichos herederos hagan acto de presencia.

Si el testamento no es impugnado, ni se objeta la capacidad para heredar de los interesados en esta misma junta, el juez reconocerá como herederos a los que estén nombrados como tales en el testamento y en la porción que les corresponda.

3.3. INTERVENCION NOTARIAL

Aunque esta forma de tramitar la sucesión testamentaria se encuentra contemplada en nuestro actual Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en nuestra opinión consideramos que su ubicación correcta debería ser en la legislación notarial.

La tramitación notarial de dicha sucesión procede cuando todos los herederos son mayores de edad y fueron instituidos como tales por medio de testamento público abierto y no exista controversia. Artículo 872 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Aunque el artículo 876 del citado código dice: "Cuando todos los herederos fueren mayores de edad y hubieren sido reconocidos judicialmente con tal carácter en un intestado, éste podrá seguirse tramitando con intervención de un notario, de acuerdo con lo que se establece en este capítulo". (8)

Es decir que un intestado una vez que ha cumplido con el requisito de que los que se presumían como herederos han sido reconocidos judicialmente como tales y tuvieren la mayoría de edad pueden continuar su tramitación ante notario.

Para hablar del proceso de una sucesión testamentaria ante Notario hablaremos primero brevemente del testamento público abierto.

Artículo 1511 "Testamento Público Abierto es el que se otorga ante notario y tres testigos idóneos". (9)

Este tipo de testamento se tramita como lo dice la definición anterior ante un Notario Público y tres testigos en un sólo acto el testador expresará su voluntad al notario y testigos en forma clara y precisa.

El Notario lo redactará y lo leerá en voz alta para que el testador manifieste su conformidad si lo hace, lo firmarán todos el instrumento (testador, testigos y notario).

El instrumento deberá contener los siguientes datos: lugar, año, mes, día y hora en que se otorgó.

Si el testador fuere sordo será él mismo quien lo lea antes de aprobarlo y si fuere ciego deberá ser leído dos veces antes de su aprobación cada vez por

distinta persona, y si el testador no sabe escribir intervendrá un testigo más que firmará a su ruego. Artículo 1513.

Y si el testador no domina el idioma español, lo escribirá primero en su idioma y después se traducirá al español.

La sucesión testamentaria ante notario se inicia con las publicaciones que el notario debe hacer por dos veces con una diferencia de diez días en uno de los periódicos de mayor circulación en donde se publicarán las declaraciones de los herederos en que aceptan la herencia y reconocen sus derechos hereditarios, así como del albacea que va a proceder a formar inventario de los bienes de la herencia, el cual una vez elaborado por el albacea y con el consentimiento de los herederos será protocolizado por el mismo notario.

Así, a su vez también protocolizará el proyecto de partición de los bienes hereditarios formado por el albacea con el consentimiento de los herederos y por último el notario llevará a cabo la escritura de adjudicación.

Para una mayor ilustración de nuestro trabajo a manera de v.g.r. transcribiremos un testamento ordinario público abierto.

"En la Ciudad de México, siendo las once horas con treinta minutos del día veintiocho de abril de mil novecientos noventa y tres, yo, el Licenciado

Felipe Guzmán Núñez, Notario número ciento cuarenta y cinco, actuando en el protocolo del Notario número cuarenta y ocho, Licenciado Alberto Pacheco, con quien estoy asociado, hago constar el testamento ordinario público abierto que otorga el señor ROGELIO VEGA LLANAS, al tenor de las siguientes cláusulas: - P R I M E R A - Declara ser hijo legítimo de los señores Doctor Rogelio Vega Gasca y de Elsa Llanas de Vega, que viven. - S E G U N D A - Instituye como su único y universal heredero de todos los bienes que tenga al momento de su fallecimiento al señor Alejandro Armenta Pico, a quien igualmente nombra albacea de su sucesión. - T E R C E R A - A falta, renuncia o impedimento del señor Alejandro Armenta Pico, instituye como su único y universal heredero de todos los bienes que tenga al momento de su fallecimiento al señor Guillermo Téllez Matiella, a quien en este supuesto nombra albacea de su sucesión. - C U A R T A - A falta, renuncia o impedimento del señor Guillermo Téllez Matiella, instituye como su único y universal heredero de todos los bienes que tenga al momento de su fallecimiento al señor Eduardo Arce Gargollo, a quien en este supuesto nombra albacea de su sucesión. - Q U I N T A - Revoca cualquier otro testamento que hubiere otorgado antes que el presente pués desea que éste se cumpla como la expresión de su última voluntad. - Yo, el Notario, doy fé de que éste testamento se otorgó en un sólo acto, sin interrupción, en el local en que se encuentra establecida ésta Notaría a mi cargo, edificio número treinta y nueve de la calle de Praga, en ésta Ciudad; que el señor testador se encuentra, al parecer, en pleno ejercicio de sus facultades intelectuales y libre de toda coacción o violencia por la manera clara y precisa con que dictó estas sus disposiciones testamentarias que yo, el

Notario, redacté por escrito; que certificaron su aptitud y conocimiento los señores testigos que estuvieron presentes en todo éste otorgamiento, a quienes lo mismo que al señor testador doy fé de conocer y de su capacidad para testificar y lo fueron: el señor Juan Manuel Baranda García, mexicano por nacimiento y nacionalidad, originario de esta ciudad, donde nació el día doce de junio de mil novecientos setenta y cuatro, soltero, estudiante, con domicilio en calle Lucas Alamán número quince, Ciudad Satélite, Estado de México, de donde es vecino, al corriente en el pago del impuesto sobre la renta que cubre con el Registro Federal de Contribuyentes número: "BAGU-740612"; el señor Esteban Coello Ituarte, mexicano por nacimiento y nacionalidad, originario de Monterrey, Nuevo León, donde nació el día doce de abril de mil novecientos setenta y uno, soltero, estudiante, con domicilio en calle Augusto Rodin número cuatrocientos setenta y tres, Colonia Mixcoac, en esta ciudad, de donde es vecino, al corriente en el pago del impuesto sobre la renta que cubre con el Registro Federal de Contribuyentes número: "COIE-710412-BI-8"; y el señor Rodrigo Minakata Chambón, mexicano por nacimiento y nacionalidad, originario de Guadalajara, Jalisco, donde nació el día veintiuno de marzo de mil novecientos sesenta y ocho, soltero, profesor, con domicilio en calle Lucas Alamán número quince, Ciudad Satélite, Estado de México, de donde es vecino, al corriente en el pago del impuesto sobre la renta que cubre con el Registro Federal de Contribuyentes número: "MICR-680321"; y que en todo éste otorgamiento se cumplió con exactitud con lo prevenido por los artículos un mil quinientos doce y un mil quinientos diecinueve del Código Civil para el Distrito Federal. - El señor testador por sus generales dijo ser: mexicano por nacimiento

y nacionalidad, originario de Querétaro, Querétaro, donde nació el día dos de mayo de mil novecientos setenta, soltero, estudiante, con domicilio en calle Lucas Alamán número quince, Ciudad Satélite, Estado de México, de donde es vecino, al corriente en el pago del impuesto sobre la renta que cubre con el Registro Federal de Contribuyentes número: "VELR-700502". - Dada lectura en voz alta al presente instrumento al señor testador y testigos mencionados y estando todos conformes con su tenor lo ratificó el primero y firmaron todos a las doce horas del día de su fecha en el lugar antes indicado y en unión del suscrito Notario que lo autoriza".

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) "Diccionario Jurídico Mexicano", Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa S.A., Tomo V, México 1985
- (2) Pina de Rafael, "Institución de Derecho Procesal Civil", Editorial Porrúa S.A., México 1954, P.P. 421, 422
- (3) IDEM Pag. 423
- (4) IBIDEM P.P. 432, 433, 434
- (5) Pina de Rafael OPCIT Pag. 437
- (6) Ovalle Favela José "Derrecho Procesal Civil" Editorial Itarla, México 1980, Pag. 337
- (7) Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa S.A., Tomo VI, México 1985
- (8) "Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal" Editorial Porrúa S.A., México 1989, Pag. 199
- (9) "Código Civil para el Distrito Federal" Editorial Porrúa S.A., México 1992, Pag. 283

CAPITULO CUARTO

CAUSAS DE INVALIDEZ DEL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO

4.1 INEXISTENCIA

Podemos ver que dentro de la teoría clásica tripartita se define a los actos inexistentes como "aquellos que no reúnen los elementos de hecho que supone su naturaleza o su objeto, y en ausencia de los cuales es lógicamente imposible concebir su existencia".

Por su parte el a. 1794 CC especifica que son elementos esenciales o de existencia el consentimiento y el objeto que pueda ser materia del contrato.

Bonnecase explica que la inexistencia del acto jurídico presupone la falta de los elementos esenciales u orgánicos indispensables para que dicho acto esté dotado de vida jurídica.

Las características de esta figura son: el acto afectado por ella no produce efecto alguno; no puede convalidarse; puede hacerse valer por cualquier interesado, y no necesita declararse judicialmente. Añade este autor que los efectos que pudiere producir un acto inexistente son meros hechos materiales y no efectos jurídicos. (1)

El Código Civil con relación a la inexistencia señala: Rojina Villegas, afirma que el acto jurídico puede ser existente o inexistente, sostiene la doctrina de la inexistencia del acto jurídico expresando que los elementos esenciales de éste son la manifestación de voluntad animada de la intención de producir consecuencias jurídicas y el objeto física y jurídicamente posible, de tal modo que si falta alguno de esos dos elementos el acto jurídico es inexistente para el derecho, es la nada jurídica; y que aquellos que no aceptan la teoría de la inexistencia diciendo que el llamado acto jurídico inexistente si produce ciertos efectos, piensan así porque no toman en cuenta que esos efectos no se producen por el acto sino por el hecho. Refiriéndose concretamente a la inexistencia, Rojina dice que tiene tres aspectos: el de ser oponible por cualquier interesado, el de ser imprescriptible y el de ser inconfirmable. De estas tres características desprende la afirmación de que "La inexistencia no se intenta en forma de acción ni de excepción; no es necesario seguir un juicio ejercitando una acción para que se declare, ni tampoco se requiere oponer una excepción en el momento preciso al contestar la demanda para que el juez la tome en cuenta. En cualquier momento del juicio, cuando un acto inexistente perjudique los derechos de cualquiera de los litigantes, puede invocarse la inexistencia de ese acto para que el juez simplemente en su sentencia la reconozca sin declararla, porque la inexistencia no se declara, sino sólo se reconoce que el acto inexistente no tiene ningún valor jurídico. (2)

"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". artículo 2224.

El testamento es inexistente cuando falte alguno de sus elementos es decir la voluntad, el objeto o la solemnidad.

a) Diremos que habrá falta de voluntad cuando en el acto se sustituya al testador, haciendolo pasar por otra persona que no sea él. También diremos que el testamento es inexistente si este fue declarado por un menor de dieciséis años ya que no tiene capacidad para testar v.g. Esto es que si una persona de catorce años establece su última voluntad por medio de testamento este automáticamente es inexistente de pleno derecho ya que él por ser menor de dieciséis años es un incapaz o bien no tiene capacidad para testar.

b). - El testamento también es inexistente si no se observaron en su otorgamiento todos aquéllos requisitos de forma que para este acto son prescritos por la ley o bien también lo es cuando su otorgamiento no se hizo con las solemnidades requeridas por la mencionada ley es decir el Código Civil para el Distrito Federal.

c). - Si aún siendo capaz el testador y observando la forma testamentaria correcta el testamento fuere otorgado contra una prohibición de la Ley.

d). - El pliego contenido en un sobre que se formalice como un testamento público cerrado u ológrafo que no contenga disposiciones para disponer de bienes o derechos o que lo que ese pliego diga sean recomendaciones acerca del cadáver del autor, sin designación de herederos en este caso, no tendrá objeto alguno el testamento y al carecer de este requisito automáticamente es inexistente.

Podemos concluir diciendo que la inexistencia en el testamento se hace presente cuando en éste no existe la absoluta voluntad del testador o falta del objeto en el testamento. El reconocimiento de la inexistencia pertenece a todo interesado y es imprescriptible.

4.2. - NULIDAD RELATIVA Y ABSOLUTA DE LOS TESTAMENTOS.

Son muchas las teorías que existen para aclarar y definir este concepto; destacan entre ellas: la teoría bipartita, la tripartita, la de Japiot, la de Piedelievre y la de Bonnecase.

La primera -teoría bipartita-, elaborada principalmente por Domat y Pthier, divide en dos a los actos viciados y habla de nulidad absoluta y nulidad relativa.

La nulidad absoluta se produce ipso iure; el acto afectado por ella no tiene efectos jurídicos; puede ser invocada por cualquier interesado. y la acción

en que se haga valer no se extingue ni por renuncia, confirmación, ratificación prescripción o caducidad.

La nulidad relativa permite que el acto afectado produzca efectos jurídicos en tanto no ha sido decretada, pero dichos efectos pueden destruirse por la aplicación retroactiva de la sentencia en que se decreta la nulidad; sólo puede hacerse valer por la persona en cuyo favor se haya establecido; el acto puede convalidarse por conformación, ratificación o renuncia, y la acción puede prescribir o caducar.

Para la legislación francesa esta teoría resultó incompleta de ahí que surgiera el concepto de inexistencia y, con él, la teoría tripartita.

Esta teoría contempla la inexistencia de la que ya hablamos y la nulidad tanto absoluta, o de pleno derecho, como la relativa o anulabilidad.

Entendiéndose por nulidad absoluta aquella que se origina con el nacimiento del acto jurídico cuando va contra el mandato o prohibición de la Ley. En este tipo de nulidades los actos no producen efectos y no es necesario ejercitar ninguna acción para hacerla valer, en caso de controversia el juez se concretará a comprobar dicha nulidad; tampoco podrían convalidarse ni por prescripción, caducidad o confirmación, pudiendo ser invocada por cualquier persona.

Se entiende por nulidad relativa, en la teoría que enunciamos, aquella protección que la ley establece en favor de personas determinadas. Afecta a aquellos actos que contienen los elementos de validez exigidos por las normas de orden público, pero que adolecen de algún vicio que implica un perjuicio para determinada persona, misma a la que la ley le concede acción para atar dichos actos y reparar el perjuicio. Estos los actos afectados por nulidad relativa producen efectos jurídicos en tanto no ha sido decretada su anulación y decretada ésta, serán invalidados retroactivamente. En virtud de que es una sanción impuesta como protección para determinadas personas, como ya quedó establecido, sólo éstas podrán ejercitar las acciones correspondientes para declarar nulo el acto viciado que los afecta, y, en esa medida, dichos actos podrán convalidarse por confirmación, prescripción o caducidad. (3)

El Código Civil recoge la teoría tripartita de Bonnacase en los siguientes artículos.

En su artículo 2224 nos dice lo que es la inexistencia que ya mencionamos con anterioridad.

Artículo 2226. - "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 desaparecer por la confirmación o la prescripción". (4)

Art. 2227. -"La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos". (5)

En resumen diremos que en términos generales que la nulidad absoluta es cuando no es confirmable ni prescriptible y puede ser invocada por los interesados y la relativa cuando falte alguna de las características requeridas y es confirmable, prescriptible y solo puede ser invocada por determinadas personas

Característica de la nulidad de los testamentos es que si bien es cierto que en la Inexistencia afecta a todo el acto jurídico también es cierto que en cuanto a nulidad se refiere puede afectar a una sola cláusula dejando con vida al resto del testamento.

Nulidad por ilicitud: La nulidad propiamente puede provenir por ilicitud en el motivo determinante de la voluntad, o de la condición, pero a diferencia del acto jurídico en general sólo vicia la cláusula relativa, dejando con plena validez el resto. (6)

Por excepción a lo que anteriormente mencionamos hay nulidad que afecta la totalidad del testamento cuando.

a). - El artículo 1484. - Considera que es nula la institución de heredero o legatario hecha en comunicados o memorias de carácter secreto al establecer la ley esta causa de nulidad tiene como pretensión evitar las instituciones fideicomisarias ya que las instituciones en memoria o comunicados secretos resisten una forma distinta de la que la ley establece para los testamentos con esta finalidad.

b). - El artículo 1485. - Considera que sería nulo el testamento hecho bajo la influencia de amenazas en contra de la persona o sus bienes o en los de su cónyuge o en la de sus descendientes .

Ya que indudablemente en estos casos la voluntad esta viciada y deja de satisfacer ese requisito sinequanon de libertad que otorga la Ley al testador. Sin embargo si se trata de un vicio de la voluntad el artículo 1486 a este respecto dice que el testador una vez que éste libre de violencia puede revalidar su testamento con las mismas solemnidades que si lo hubiera otorgado como nuevo o de lo contrario esta será nula.

c). - El artículo 1487 dice será nulo el testamento captado con dolo o fraude . Entendiéndose por dolo cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes y por mala fé, la disimulación de uno de los contratantes una vez conocido. Claro que tratándose del testamento que no es un contrato sino un acto unilateral la aplicación de los conceptos de dolo o mala fé debe hacerse con relación al

testamento. El error para que nulifique el testamento debe recaer sobre el motivo determinante de la voluntad.

d). - El artículo 1489. - Dice es nulo el testamento en el que el testador no exprese cumplida y claramente su voluntad, si no solo por señales o monosílabas esta nulidad es absoluta ya que la institución testamentaria dice que la voluntad debe ser expresada con precisión y claridad a fin de que no se preste a confusiones una vez muerto el testador.

f). - El artículo 1491 menciona que es nulo el testamento que no se otorgue en contravención a las formas prescritas por la Ley. Esto es que el testamento es un acto jurídico revestido de formas específicas para su validez y sin ellas este es automáticamente nulo.

Término para ejercitar la acción de nulidad.

El derecho de reclamar la herencia prescribe en 10 años y es transmisible a los herederos, según lo dispuesto por el artículo 1652. Esto significa que la acción de nulidad de un testamento, cuando es necesaria para reclamar la herencia, debe ser intentada por los acreedores precisamente dentro de los 10 años siguientes a la muerte del autor, junto con la acción de petición de herencia. Si no se ejercitara dentro de este término la acción de nulidad carecería de objeto, pues ya no podría reclamarse la herencia. A primera vista, la prescripción parece referirse a la nulidad misma y, de ser así,

podría motivar que se pensara en que la nulidad del testamento fuese relativa por ser prescriptible. Sin embargo, tal como decimos antes, la nulidad no prescribe, el testamento no se convalida; lo que sucede es que los herederos a quienes podría beneficiar la nulidad pierden el derecho de reclamar la herencia por no ejercitarlo dentro del término de diez años y en consecuencia pierden también la acción de nulidad, porque carecería de objeto. (7)

JURISPRUDENCIA.

NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA. - La nulidad absoluta y relativa se distinguen en que la primera no desaparece por confirmación ni por prescripción; es perpetua y su existencia puede invocarse por todo interesado. La nulidad relativa en cambio no reúne estos caracteres. Sin embargo, en ambas el acto produce provisionalmente sus efectos, los cuales se destruyen retroactivamente cuando los tribunales pronuncian la nulidad. - (Amparo directo 5526/1957. - Luis Méndez Vaca. Unanimidad de 4 votos. Vol. XIV. Pág. 212. - Amparo directo 6442/1957. - María del Refugio Espinosa Bengos. Unanimidad de 5 votos. Vol. XVII, Pág. 184. - Amparo directo 3346/1958. - Guillermo Freyra. Unanimidad de 4 votos. Vol. XXII, Pág. 35. - Amparo directo 2216/1958. - Porfirio Ramos Romero. Unanimidad de 5 votos, Vol. XXVI, Pág. 155. - Amparo directo 3932/1958. - Angeles de Vargas Amalia. Unanimidad de 5 votos, Vol. XXXI, Pág. 79. - JURISPRUDENCIA 233 (Sexta Epoca), página 734, Sección Primera, Volumen 3a. SALA. - Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965). **NULIDAD E**

INEXISTENCIA (Legislación del Estado de Michoacán). - El Código Civil adopta la clasificación tripartita de la invalidez de los actos jurídicos, según la cual se les agrupa en inexistentes, nulos y anulables. Y aun cuando la falta de consentimiento produce la inexistencia según señala el artículo 2080 del citado ordenamiento, lo cierto es que como en el artículo 2126 al referirse el legislador a la venta de cosa ajena determina que es nula y no inexistente, y en disposiciones posteriores no vuelve a mencionar la inexistencia, es evidente que es igual el trato que se da a las inexistencias que a las nulidades, y que por ello resultan ser meramente teóricos los diversos efectos que se les atribuyen. (Amparo directo 8668/1962. Pedro Flores López. Septiembre 24 de 1964. Unanimidad de 4 votos. 3a. SALA. - Sexta Epoca, Volumen LXXXVII, Cuarta Parte, Pág. 16. - 3a. SALA. - Informe 1964, Pág. 47. - 3a. SALA. - Boletín 1965, Pág. 57. - Esta tesis integra la Jurisprudencia 238, Pág. 751, Sección Primera, del Volumen 3a. SALA. Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965, No. 1642).

NULIDAD E INEXISTENCIA. SUS DIFERENCIAS SON MERAMENTE TEORICAS. - Aun cuando el artículo 2224 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales emplea la expresión "acto jurídico inexistente", en la que pretende basarse la división tripartita de la invalidez de los actos jurídicos, según la cual se les agrupa en inexistentes, nulos y anulables, tal distinción tiene meros efectos teóricos, porque el tratamiento que el propio código da a las inexistencias, es el de las nulidades, según puede verse en las situaciones previstas por los artículos 1427, 1433, 1434, 1826, en relación con el 2950 fracción III, 2042, 2270 y 2779, en las que, teóricamente, se trata de inexistencias por falta de objeto, no obstante, el Código las trata como

nulidades, y en los casos de los artículos 1802, 2182 y 2183, en los que, la falta de consentimiento originaría la inexistencia, pero también el Código los trata como nulidades. - (Amparo directo 2596/1957. - Federico Baños. Vol. XI, Pág. 130. - Amparo directo 2633/1958. - Donato Antonio Pérez, Vol. XIX, Pág. 172. - Amparo directo 1924/1960. - Pilar Mancilla Pérez. Vol. LXVI, Pág. 44. - Amparo directo 8668/1962. - Pedro Flores López. Vol. LXXXVII, Pág. 16. - Amparo directo 1205/1952. - Manuel Ahued Vol. XC, Pág. 46. - JURISPRUDENCIA 238: Sexta Epoca, Página 751, Sección Primera, Volumen 3a. SALA. - Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965)

NULIDAD, NO EXISTE DE PLENO DERECHO. - Si no hay disposiciones expresas en las leyes y para los casos que ellas comprendan, nuestra legislación no autoriza que se reconozca la existencia de nulidades de pleno derecho, sino que las nulidades deben ser declaradas por la autoridad judicial, en todos los casos, y previo el procedimiento formal correspondiente. - (Tomo XXV. - Arias Briones Rafael, Pág. 450. - Tomo XXX. - Jáuregui Lázaro, pág. 451. Tomo XXXIV. - Ceballos Vda. de Méndez Concepción, Suc. de, Pág. 2046. - Tomo XXXVII. - Kemo Coast Copper Company, Sociedad Anónima, pág. 1153. - Tomo XLI. Chico Vda. de Martín Francisca y Coags. Sucs., Pág. 1864.

JURISPRUDENCIA 239, Quinta Epoca, Página 752, Sección Primera, Volumen 3a. SALA. - Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965. - En la compilación de fallos de 1917 a 1954, apéndice al tomo XCVII, No. 716, Pág. 1321).

4.3 REVOCACION

En materia sucesoria la revocación es la acción por la cual el Testador por un acto de voluntad deja sin efecto un testamento legalmente otorgado (8)

El artículo 1496 la define como "El testamento anterior recobrará, no obstante, la fuerza, si el testador, revocando el posterior, declara ser su voluntad que el primero subsista". (9)

La revocación del testamento debe ser hecha por el testador con todas las solemnidades que requiere la ley y/o puede hacer en todo momento aunque en su último testamento haya expresado su resolución de mantenerlo hasta su muerte.

La revocación de testamento puede ser parcial o total

La revocación puede ser tácita o expresa

Es expresa cuando el testador declara su voluntad en el sentido de que el testamento existente se tenga por no otorgado en un acto especial o al dictar un nuevo testamento.

Será tácita cuando se otorgue un nuevo testamento, sin expresar que existía el anterior sin embargo, es preciso recordar que la revocación no produce efectos acerca del reconocimiento de hijos nacidos fuera de matrimonio (Art. 367). Esta disposición legal nos autoriza a concluir que el testamento sólo es revocable en cuanto a sus efectos patrimoniales pero de ninguna manera respecto de otros efectos como el que se ha señalado, acerca de los cuales la disposición testamentaria subsiste con toda su validez, aún a pesar de la revocación del testamento, como en el caso de confesión o reconocimiento de un hecho delictuoso atribuido a otra persona.

Esto es así porque el testamento, una vez revocado, deja de constituir la última voluntad del autor.

4.4. - EI TESTAMENTO INOFICIOSO.

El Testamento será inoficioso cuando el testador ha desheredado injustamente a las personas con las cuales por ley tenía la obligación y el deber de dejar la herencia. Esta figura tiene su origen en Roma en la querella inoficiositestamenti en donde los herederos legítimos (heredes suis) podían reclamar la parte de la herencia que les correspondía y la cual les había sido privada por el autor.

En nuestra legislación actual el testamento es inoficioso en el caso en que el testador con fundamento en su libertad para testar deje fuera del

testamento a aquellas personas con quienes en vida tenía obligación. Es decir es inoficioso porque al disponer de toda su herencia se olvida de cumplir con su obligación de proporcionar alimentos a los parientes que como ya dijimos antes en vida tenía la obligación de atender. En estos casos el testamento solo es nulo en la parte necesaria para cumplir con la obligación alimentaria del testador quedando con plena eficacia el resto del testamento.

Además se establece una preferencia en la manera de repartir los alimentos para el caso de que la masa hereditaria no fuera suficiente para repartir alimentos a todos aquellos con quienes tenía obligación, primero se toma en cuenta a los descendientes y cónyuge, después a los ascendientes y enseguida a los colaterales empezando por los hermanos.

Es decir que el testamento es inoficioso en la parte necesaria para cumplir con la obligación alimentaria.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) "Diccionario Jurídico Mexicano", Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa, Vol. V, México 1985, P.P. 96, 97
- (2) Araujo Valdivia Luis "Cosas y Derechos de Sucesiones", Editorial José M. Cajica Jr, S.A., Puebla 1972, P.P. 556, 557
- (3) "Diccionario Jurídico Mexicano", Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa, Vol. VI, México 1987, Pag. 275, 276
- (4) "Código Civil para el Distrito Federal", Editorial Porrúa, S.A., México 1992, Pag. 389
- (5) IDEM Pag. 390
- (6) Aguilar Carvajal Leopoldo, "Segundo Curso de Derecho Civil Bienes, Derechos Reales y Sucesiones", Editorial Porrúa, S.A., México 1980, Pag. 337
- (7) Araujo Valdivia Luis OPCIT, Pag. 569
- (8) Baqueiro Rojas Edgard y Buenrostro Báez Rosalia, "Derecho de Familia y Sucesiones", Editorial Itaría, México 1990, Pag. 350
- (9) "Código Civil Para el Distrito Federal OPCIT Pag. 279

CONCLUSIONES

PRIMERA. - Que el testamento es un acto unilateral, personalísimo, revocable y solemne.

SEGUNDA. - Nuestra legislación distingue dos especies de testamentos mismos que son los ordinarios y especiales.

TERCERA. - El testamento público abierto tiene las siguientes ventajas la primera de ellas es que quien no sabe leer y escribir firmará a su ruego un testigo más, otra de sus ventajas es que tiene todas las garantías de haber sido otorgado ante la fe de que esta investido un notario que es una garantía. Además tiene toda la fuerza probatoria de los documentos auténticos.

CUARTA. - Que por la importancia y trascendencia tanto histórica como jurídica que el testamento posee ha pasado a los Códigos Civiles rodeado de numerosos requisitos que en ocasiones son excesivos.

QUINTA. - El artículo 1661 del Código Civil menciona que la repudiación debe ser expresa y hacerse por escrito ante el juez, o por medio de instrumento público otorgado ante notario cuando el heredero no se encuentre en el lugar del juicio. Este artículo limita a que la repudiación solo puede hacerse ante notario público cuando el heredero que repudia no se encuentra en el lugar del juicio cuando el Código de Procedimientos Civiles autoriza que todo el trámite

de la sucesión testamentaria pueda hacerse ante dicho fedatario cuando los herederos sean mayores de edad y no haya controversia entre ellos.

SEXTA. - En la actualidad nuestra legislación notarial contempla que al elaborarse un testamento ante notario este tiene la obligación de enviar el aviso correspondiente al Archivo General de Notarías dentro de un plazo de 24 horas después del otorgamiento. Al llegar dicho aviso al mencionado Archivo se procede a hacer la anotación en sus registros pero esto solo es de forma local es decir dentro del Distrito Federal. Pero nuestra interrogante surge al preguntarnos que al morir alguien y si yo quiero saber cual fue su testamento solo puedo saberlo de forma parcial ya que ese registro de que hablamos solo es local.

Nos atrevemos a sugerir que para que esto no suceda se debería de crear un registro de "últimas voluntades" pero a nivel nacional y así habría más seguridad en cuanto si existe un testamento o bien si fue el último o el único ya que de otro modo solo puedo tener esa seguridad en forma parcial ya que dicho registro si existe pero solo de forma local.

SEPTIMA. - El testamento público abierto se otorga ante tres testigos idóneos.

OCTAVA. - Nos atrevemos a proponer que se reforme la Ley suprimiendo tal requisito, por las siguientes razones:

Porque en la actualidad su concurrencia ya no tiene razón de ser, ya que el notario es un profesional en derecho, un verdadero asesor jurídico de los que comparecen ante él, y los testigos no tienen ninguna utilidad en la formación del acto, sino que sólo la entorpecen:

Porque la fe pública del notario es única y no hay necesidad de que sea complementada con la intervención de los testigos:

Porque es una señal de desconfianza por parte del Estado hacia el Notario; y

Porque, no teniendo la obligación de guardar el secreto profesional, constituyen un obstáculo para que los testadores que desean que sus disposiciones no sean conocidas hagan un testamento público abierto, que es el que más garantías, ofrece en el derecho civil vigente en el Distrito Federal, debido a que el testador es asistido de un verdadero perito en derecho que lo asesora y por lo tanto es muy remota la posibilidad de que las disposiciones testamentarias sean contrarias a la Ley, cosa que podría suceder en los demás tipos de testamento.

BIBLIOGRAFIA

Albadajo Manuel.- "Derecho de Sucesiones parte General".-Publicaciones del Real Colegio de España.- Bolonia 1964.

Aguilar Carvajal Leopoldo.- "Segundo Curso de Derecho Civil , Bienes, Derechos Reales y Sucesiones".- Editorial Porrúa S. A.- México 1980.

Araujo Valdivia Luis.- "Derecho de las Cosas y Derecho de las Sucesiones".- Editorial José M. Cajica Jr. S. A. - Puebla 1972.

Baqueiro Rojas Edgard, Buenrostro Baéz Rosalía.- "Derecho de Familia y Sucesiones".- Editorial Harla S. A.- México1990.

Becerra Bautista José.-"El Proceso Civil en México" - Editorial Porrúa S. A.- México 1965.

Biondi Biondo.- " Sucesión Testamentaria y Donación".- Editorial Bosch.- Barcelona 1960.

Branca Giuseppe.- " Instituciones de Derecho Privado" - Editorial Porrúa S. A.- México 1978.

Castan Tobeñas José.- " Derecho Civil Español Común y Foral, Derecho de Sucesiones".- Editorial Reus S. A. - Tomo VI, Vol Cuarto.- Madrid 1978.

De Asis Sancho Rebullida Francisco, Lacruz Berdejo José Luis.- "Derecho de Sucesión".- Editorial Bosch.- Volumen IV.- Barcelona 1986.

De Ibarrola Antonio.- " Cosas y Sucesiones".- Editorial Porrúa S. A. - México 1991.

De Pina Rafael.- " Elementos de Derecho Civil Mexicano, Bienes y Sucesiones".- Editorial Porrúa S. A.- México 1966.

De Pina Rafael .- " Instituciones de Derecho Procesal Civil".- Editorial Porrúa S. A.- México 1954.

Diccionario Jurídico Mexicano , Instituto de Investigaciones Jurídicas.- Tomos II, VI, VII.- Editorial Porrúa S. A.- México 1985.

Florís Margadant S. Guillermo.-"El Derecho Privado Romano".- Editorial Esfinge S. A. de C. V.- México 1986.

García Garrido Manuel Jesus.-" Derecho Privado Romano.- Editorial Dykinson.- Madrid 1991.

García Maynez Eduardo.- "Introducción al Estudio del Derecho".- Editorial Porrúa.- México 1986.

Mingujón Salvador.- "Historia del Derecho Español".- Editorial Labor S. A.- Barcelona 1927.

Ovalle Favela José.- " Derecho Procesal Civil".- Editorial Harla S. A. de C. V.- México 1980.

Petit Eugene .- " Derecho Romano".- Editorial Porrúa S. A.- México 1984.

Rojina Villegas Rafael.- "Derecho Civil Mexicano, Sucesiones" .- Editorial Porrúa S. A. - Tomo IV.- México 1985.

Revista de Derecho Notarial , No. 35, Vol. XIII.- México 1969.

LEGISLACION

Código Civil para el Distrito Federal .- Editorial Aguilar e Hijos.- México 1879.

Código Civil para el Distrito Federal.-Editorial Porrúa S. A.- Sextagesima primera edición.-México 1992.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal,- Editorial Porrúa S.

Ley de Instituciones de Asistencia Privada para el Distrito Federal.

INDICE

	Pág.
INTRODUCCION.	3
CAPITULO PRIMERO	
ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA SUCESION TESTAMENTARIA	
1.1. En el Derecho Romano	5
1.2. En el Derecho Alemán	19
1.3. En el Derecho Español	21
1.4. En el Derecho Mexicano.	28
CAPITULO SEGUNDO	
EL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO EN LA LEGISLACION VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL.	
2.1. Concepto de Testamento	34
2.2. Elementos de Existencia y Validez	35
2.3. Capacidad para Testar	39

2.4. Capacidad para Heredar	45
2.5. Implicaciones Jurídicas después de la muerte del Testador	48

CAPITULO TERCERO

EL ESTADO-JUEZ ANTE EL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO

3.1. La competencia judicial	51
3.2. Formalidades	54
3.3. La Intervención Notarial.	64

CAPITULO CUARTO

CAUSAS DE INVALIDEZ DEL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO

4.1. Inexistencia	71
4.2. Nulidad Relativa y absoluta de los Testamentos	74
4.3. Revocación.	83
4.4. El Testamento Inofioso	84

CONCLUSIONES.	87
BIBLIOGRAFIA	90
INDICE	94