

878509
14
2eje.

UNIVERSIDAD NUEVO MUNDO

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO.



LA IMPORTANCIA Y TRASCENDENCIA DE CONSIDERAR AL TESTAMENTO COMO UN ACTO JURIDICO SOLEMNE

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE :
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ALONSO NORIEGA FITZMAURICE
D I R E C T O R D E T E S I S :
L I C . A L E J A N D R O R U B I O

MEXICO, D.F.

1994

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



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.

La vida habrá de continuar
nada cambiara su rumbo,
mi ausencia será una más
de tantas que hay en el mundo,
guárdenme en su corazón
los que una vez me quisieron,
yo no les ofrezco nada
pero de algo estoy seguro,
que si después de la muerte
nos volvemos a encontrar,
continuaremos allá
lo iniciado en este mundo.

José Luis Jiménez

Nom omnis moriar (No moriré del todo)

Pensamiento de Horacio (Odas III, 30,6); yo no moriré del todo, pues mi obra me sobrevivirá.

A Dios, por permitirme valorar lo que tengo, descubrir lo que soy, y comprender la responsabilidad, de darlo todo para con los demás .

A mis abuelos por su amor constante, a la memoria de mi abuela Amelia, quien me enseñó que recordar también es vivir, a mis abuelos Rafael y María Teresa, quienes a pesar de estar lejos, siempre me han hecho sentir su presencia.

En especial a la memoria de mi abuelo Alonso, quien descubrió a temprana edad, cual era mi vocación, por mi primer litigio, donde no tuve ni la oportunidad de ampararme, porque se que tendré toda mi vida su apoyo.

A mis Padres, a quienes debo todo lo que soy, a mi madre María Teresa, porque me ha enseñado que el caso más grande que podré llegar a ganar, es un lugar en el cielo, por enseñarme que en la vida, el dar es más importante que recibir.

A mi padre Alonso, de quien siempre he recibido no solo el mayor apoyo sino también el mayor ejemplo; por demostrarme que con trabajo, ética y honestidad se consiguen frutos más valiosos que el dinero.

A mis hermanos Alejandro y Fernando, quienes a pesar de los pesares he vivido lo mejor, porque gracias a nuestros pleitos y aventuras, he podido valorar lo que significa el amor de un hermano.

A mi tío Francisco Manuel, por su paciencia y discreción, por creer en mí, y por ser más que un familiar un amigo.

A mi tío Miguel, por motivarme a pesar de la distancia.

A todos mis tíos, tías, primos y primas, por ser una familia tan unida.

A Gabriela por ser la razón de mi lucha, mi fuerza y mi esencia, por demostrarme que el amor verdadero lo puede todo, porque creo en ti.

A Don Melchor y Doña Rosita, a Marco y a Victor, por ser mi segunda familia.

Al Lic. Alejandro Rubio Guerra, cuyos consejos profesionales han germinado en mí, la semilla del conocimiento, y quien lo primero que me ofreció fue su amistad.

A todos mis amigos por lo vivido. Porque no hay palabras para expresar ese sentimiento.

A la Universidad del Nuevo Mundo, por enseñarme que "Dura Lex-Sed Lex.", y de quien siempre me sentire orgulloso de pertenecer.

Sinceramente Alonso.

INDICE

INDICE

LA IMPORTANCIA Y TRASCENDENCIA DE CONSIDERAR AL TESTAMENTO COMO UN ACTO JURIDICO SOLEMNE.

INTRODUCCION.....	1
CAPITULO I. Fundamento de la Capacidad de Testar	3
I.I. Testamento como Acto Jurídico	6
I.II. Carácter Personalísimo, Revocable y Libre	11
I.III. Capacidad para Testar	16
I.IV. Capacidad para Heredar	20
CAPITULO II. Antecedentes Históricos	36
II.I. Derecho Romano	36
II.I.1. Formalidad y Solemnidad	36
II.I.2. Clases de Testamento	39
II.I.3. Institución del Heredero	50
II.I.4. Legados	64
II.II. Derecho Colonial	80
II.III. Legislación Mexicana (Epoca Independiente).....	84
II.III.1. Código Civil de 1870	84
II.III.2. Código Civil de 1884	86
CAPITULO III. Legislacion Actual, Código Civil de 1928	87
III.I. Clases de Testamentos.....	87
III.I.1. Testamentos Ordinarios.....	92
III.I.2. Testamentos Especiales.....	100
CAPITULO IV. Elementos Esenciales del Acto Jurídico	104
IV.I. Capacidad	104
IV.II. Objeto	116
IV.III. Forma	120
IV.III.1. Actos Consensuales	122
IV.III.2. Actos Formales	122

IV.III.3.	Actos Solemnes	123
CAPITULO V. El Testamento Acto Formal o Solemne		123
V.I.	Declaración de Voluntad del Testador	123
V.I.1.	Debe ser Libre	124
V.I.2.	Debe ser en Forma Clara y Precisa	127
V.I.3.	Continuidad en el Acto	128
V.II.	Consecuencias de la falta de Formalidades	129
V.II.1.	Invalidez del Testamento	129
V.II.2.	Testamento Nulo	129
V.II.3.	Testamento Inoficioso	145
V.III.	Consecuencias de la falta de Solemnidades	146
V.III.1.	Testamento Inexistente	146
V.III.2.	Responsabilidad del Notario Público	150
V.IV.	La intervención del Notario Público y de los Testigos	156
V.IV.1.	Obligaciones del Notario Público	164
V.IV.2.	Idoneidad de los Testigos	168
CONCLUSIONES		174
BIBLIOGRAFIA		179

INTRODUCCION

INTRODUCCION.

Es de vital importancia, el concepto de testamento como acto jurídico solemne; ya que aquí, se trata del último acto, que encuadrado dentro del marco jurídico, realiza una persona.

El testamento siempre ha significado ser el objeto principal de estudio para el Derecho, en donde de forma estrictamente personal, libre y conciente, realiza como último acto, una persona en vida.

Muchos problemas en la práctica hemos visto, que causa la falta de un testamento, por ello, una persona que tiene responsabilidad, no puede dejar de realizar su testamento, y con ello, evitar problemas futuros para los suyos.

En este trabajo, tratamos de demostrar plenamente, el porqué de la solemnidad del testamento.

La constitución que posee como acto jurídico, y lo rígido que ha sido su constitución a través del tiempo.

En nuestra legislación, el testamento junto con el matrimonio, son considerados los únicos dos actos solemnes; en el testamento es importante que se lleve a cabo conforme los lineamientos, que establece la ley. Primeramente, se desprende que al ser un acto jurídico debe haber una manifestación muy clara de voluntad, sea esta en forma expresa, o a través de signos que no dejen duda sobre la certidumbre de la voluntad del testador.

Forman parte fundamental en los diferentes modos de otorgar un testamento, la participación de los testigos, quienes darán autenticidad al acto, y también la injerencia del Notario, quien será el encargado de darle la forma, y la "solemnidad".

El objetivo al realizar este trabajo, es dar la información adecuada a las personas, para que sepan cómo es, como se debe realizar, para que sirva, y que existen varias formas de hacerlo, quitando así, la idea de que elaborar un testamento es un acto complicado engorroso e inútil.

La utilidad principal que encontramos en realizar adecuadamente un testamento, será el que el testador, tenga la seguridad de dejar, a quien él así disponga, el trabajo de toda una vida, y no permitir, que dicho trabajo sea disfrutado, por quien posiblemente no lo merece. Y principalmente nos concentramos en el punto de la solemnidad, porque con el, evitamos que cualquier persona, pudiera actuar dolosamente, con respecto al patrimonio de alguien, o incluso hiciere mayor daño, al comprometer alguna institución, como es el reconocimiento de hijos.

Recordando que al ser el testamento el último acto que realizamos en la vida, podemos facilitar o dificultar las vidas de quienes dejamos al morir, por lo que hacer un testamento, deberá de ser un acto de profunda responsabilidad.

CAPITULO PRIMERO

I. FUNDAMENTO DE LA CAPACIDAD DE TESTAR.

El Código Civil vigente, abarca el Derecho Hereditario o Sucesor, en tres grandes apartados: Sucesión Testamentaria, Sucesión Legítima, y Disposiciones comunes a ambas.

En la Testamentaria; el autor de la herencia actúa como Legislador, con respecto de su patrimonio, y en la Legítima actúa, como término de relación, para la transmisión del patrimonio a los herederos. Hablando de los herederos, quienes reciben a "título universal"; encontramos de igual forma a los "legatarios", quienes reciben el patrimonio, o parte de él a "título particular", pero si el patrimonio hereditario, es repartido todo en legados, los legatarios se convierten en herederos, asumiendo que si el pasivo, es mayor que los bienes heredados o dados en legado, estos actuarán en forma subsidiaria con los herederos, para solventar así las deudas del autor de la herencia.

Otro integrante de la relación personal de la Sucesión, es el Albacea, cuya importancia se remonta, a ser el representante y ejecutor de la disposición testamentaria. Los interventores, vigilarán ciertas actividades del Albacea, y protegen determinados intereses de ciertos herederos, legatarios o acreedores de la herencia.

Hablando del concepto de Universalidad, debemos decir, que es distinto en el Derecho Romano, donde se considera una res incorpóreas, que se transmite

en forma universal, activo y pasivo, en cambio en el Derecho Germánico, se dividía en bienes hereditarios y bienes adquiridos.

Para hablar de las formas de transmisión del patrimonio, después de la muerte, podemos encontrar varios supuestos.

- 1.- La muerte del autor, pues de ahí parten todos los efectos y consecuencias del Derecho Sucesorio.
- 2.- El testamento, como acto jurídico personalísimo, revocable y libre, por virtud del cual una persona capaz, dispone de sus bienes.

Para conducirnos metódicamente, debemos comenzar por encontrar el fundamento de la capacidad de testar. Nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal, en su Libro Tercero, Título Segundo, Capítulo I, nos habla de la sucesión por testamento, y el artículo 1295º dice a la letra "Testamento es un acto personalísimo revocable y libre, por el cual una persona capaz, dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte", desglosando la definición, encontramos:

- 1.- *ACTO PERSONALISIMO*: Podemos entenderlo como la expresión de la voluntad, realizada directamente con el fin de crear, modificar o extinguir, algún derecho o situación jurídica.
- 2.- *REVOCABLE Y LIBRE*: Entendemos por revocar, el dejar sin efecto un acto jurídico; así que revocación, es el acto jurídico en virtud del cual, una

persona se retracta del que ha otorgado, en favor de otra, dejándolo sin efecto, siendo posible únicamente en los de carácter unilateral, como el mandato o el testamento. Entendemos como libre, la facultad que debe reconocerse al hombre, dada su conducta racional, para determinar su actuar, sin más limitaciones que las señaladas por la Moral y el Derecho. En consecuencia el testamento, es un acto en el cual la voluntad del otorgante, puede ser cambiada en cualquier tiempo.

3) *POR EL CUAL UNA PERSONA CAPAZ*: Definimos a la capacidad, como la aptitud para adquirir un derecho, o para ejercitarlo y disfrutarlo, se distinguen en la doctrina, la capacidad de goce; que es un atributo esencial e imprescindible de toda persona; es la aptitud de todo ente, para ser titular de derechos o sujeto de obligaciones; y la capacidad de ejercicio, que es la aptitud de la persona, para hacer valer por sí misma sus derechos y cumplir por ella misma sus obligaciones.¹

4) *DISPONE DE SUS BIENES Y DERECHOS*: Es decir manda lo que ha de hacerse con sus cosas de carácter patrimonial, créditos, deudas; y declara o cumple deberes, para después de su muerte. La última parte de la definición tiene vital importancia, ya que con la muerte, termina la personalidad, más no su relación en la colectividad, ésta persiste a través de las deudas, y la relación que se llevaba con terceras personas, como por ejemplo en el ámbito laboral.

¹ Soto Alvarez, Clemente. "Derecho y Nociones de Derecho." Editorial Limusa, México 1979. Pag 84.

I.I. Testamento como Acto Jurídico.

Debemos primeramente recordar, la definición de acto jurídico. "Es una manifestación de la voluntad, que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, siempre y cuando la norma jurídica, ampare esa manifestación de voluntad. ²

Es por consiguiente elemento esencial al acto jurídico, ser un acto voluntad, sólo los actos que produzcan consecuencias de derecho y que impliquen la intención de que se originen esas consecuencias, son actos jurídicos.

Los actos jurídicos, tienen una existencia perfecta, si concurren todos los elementos esenciales, así como los de validez. En los elementos esenciales, contemplamos al consentimiento. voluntad que es, el querer hacer algo, el acto interno del querer, debe manifestarse, exteriorizarse. La manifestación de la voluntad, puede ser expresa o tácita.

Consentimiento es el acuerdo de voluntades.

El Objeto,³ que puede ser directo (consistente en crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones); indirecto (que es la cosa o materia del acto jurídico, debe ser posible física y jurídicamente), la solemnidad (consiste en el empleo de fórmulas determinadas o en pronunciar ciertas palabras, o en celebrar el acto, ante los funcionarios que la ley señala, o en ambas cosas); y

² Galino Garfías. Ignacio. "Derecho Civil."Pag 95.

³ Soto Alvarez. Clemente. "Derecho y Nociones de Derecho."Op. Cit. Pag 44.

el último elemento esencial, es la norma (es necesario que una norma, sancione los efectos deseados por el autor del acto).

Los elementos de validez, son nombrados por el artículo 1795º del C. Civil y son: la licitud (el acto, no debe ser contrario a las leyes del orden público, ni a las buenas costumbres); ausencia de vicios de la voluntad. (la voluntad, debe manifestarse sin vicio alguno, es decir, debe manifestarse en forma libre y cierta, sin que haya: Error, que es el estado subjetivo, que está en desacuerdo con la realidad. Dolo, que es la sugestión artificio, empleado para inducir al error o mantenerlo en él. Violencia, que es la fuerza física o las amenazas; o la lesión, que es el perjuicio, por desproporción entre el provecho y la carga. ⁴

Cuando falta alguno de los requisitos esenciales, el acto es inexistente, es la nada en el Derecho, el acto no nace si falta el consentimiento, voluntad o el objeto, la sanción que nace de esto, es la inexistencia, ésta es imprescriptible.

Cuando el acto ha nacido, porque tiene los requisitos de existencia, pero carece de alguno de los requisitos de validez; el acto es imperfecto, es decir, el acto ha nacido, pero viciado; la sanción, puede ser nulidad absoluta o relativa, según lo establezca la ley. La nulidad absoluta, se origina por los actos ilícitos; ilicitud en el objeto, motivo, en el fin o en la condición; la nulidad relativa, nace de los vicios de la voluntad, error, dolo, violencia o lesión; de la incapacidad o de la falta de formalidades. ⁵

⁴ Idem. Pag 46.

⁵ Idem. Pag 48.

A continuación presentamos algunos conceptos de Acto Jurídico.

Acto del latín actu: de agere hacer.

Desde el punto de vista jurídico, es toda acción humana, que influye de algún modo en una relación jurídica. Para tener un valor en la esfera del Derecho, ha de consistir en una acción voluntaria, que produce efectos en la esfera jurídica.

Són elementos del acto jurídico, primero la declaración de voluntad, segundo el fin o la condición, exigida por la ley, para la actuación eficaz de la voluntad, lo cual también se llama Causa, Que ésa causa, sea admitida como lícita, por las normas objetivas y que el acto se desenvuelva en las formas, que para su efectividad jurídica determina la ley.

También podemos decir, que los acontecimientos voluntarios, a los que la ley enlaza consecuencias de derecho, se conoce como actos jurídicos.

Si el fin práctico del autor del acto, concuerda con la consecuencia jurídica de éste, nos encontramos en presencia de un acto jurídico en sentido estricto, según la clasificación hecha por Carnelutti.⁶

A la voluntad del acto, se une la intención de crear, modificar, transferir o extinguir relaciones de derecho, el Licenciado Angel Caso, en su obra "Principios de Derecho" dice: "los fenómenos o circunstancias, a los cuales atribuye a la ley efectos jurídicos, que se realizan por la intervención de la

⁶ Galino Garfias. Ignacio. "Derecho Civil." Editorial Porrúa, S.A. México 1985. Pag 245.

voluntad humana, y con la intención de crear, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas, se conocen como actos jurídicos;"

La inmensa mayoría de los actos jurídicos, son: entre vivos. Por causa de muerte, son los actos, cuyos efectos se producen, después de la muerte de la persona que los celebró. El Testamento, es el ejemplo clásico de esta especie de actos (mortis causa). Para que la voluntad de quien realiza el acto, produzca efectos jurídicos, es necesario que se manifieste o exprese plenamente.

Que la persona que lo manifieste o exprese, sea capaz de obligarse en derecho, y que dicha voluntad responda, realmente, a la intención que se tuvo al ejecutar el acto. Podemos decir que el acto jurídico, es la manifestación de la voluntad humana, susceptible de producir efectos jurídicos. Para que produzca efectos, además de la capacidad para realizarlo, se precisa que se verifique, de acuerdo con los requisitos legales, previamente establecidos para cada caso.

Acto Solemne. Es aquel, en que la forma establecida por el legislador para su celebración, tiene un valor esencial, hasta el punto, de que sin ella, carece de toda eficacia ⁷

Testamento.- Acto jurídico, unilateral, individual, personalísimo, libre, solemne y revocable, mediante el cual, quien lo realiza, dispone para después de su muerte, de lo que haya de hacerse de sus bienes y derechos transmisibles, y

⁷ Becerra Bautista. José. "El Proceso Civil en México." Editorial Porrúa, S.A. México 1986. Pag 67.

expresa su voluntad, sobre todo aquello que, sin tener carácter patrimonial, pueda ordenar de acuerdo con la ley.⁸

Así pues, el testamento es un acto jurídico unilateral, que se realiza y perfecciona mediante la expresión de la voluntad del testador, en cualquiera de las formas que establece la ley, por tanto, al terminar la expresión de voluntad, concluye el acto jurídico, independientemente de su revocación o de que el testamento o las instituciones testamentarias, produzcan o dejen de producir, efectos por causas ajenas a la voluntad del testador, éste, puede imponer todas las cargas y condiciones que le parezcan convenientes, con excepción de las que no estén permitidas por la ley, y siempre dentro de las restricciones que tienden a proteger el derecho a alimentos, y el interés de los acreedores.

Los herederos y los legatarios, podrán aceptar o repudiar la herencia o el legado, sin afectar la validez misma, de la institución correspondiente, de tal modo, que la herencia legítima, solo se abra en los casos expresamente establecidas por la ley. Finalmente, son características singulares del testamento, las de que es un acto esencialmente revocable y de que sus efectos, se producen hasta el momento de la muerte del testador.

En cuanto a los impuestos sucesorios, existe la tendencia de suprimirlo, ya iniciada por la Federación y seguida por gran número de los Estados de la República Mexicana.⁹

⁸ Idem. Pag 68.

⁹ Idem. Pag 69.

El testamento, es un acto jurídico unilateral sui generis.

Decimos que es un acto jurídico, porque constituye la expresión de la voluntad del autor, manifestada con la intención, de producir consecuencias de derecho; es unilateral, porque basta la expresión de la voluntad del autor sujeta a las formalidades y a los requisitos, que la ley establece, para que adquiera existencia y validez, sin que sea necesaria y excluyendo totalmente el acuerdo, o la concurrencia de otras voluntades, si el heredero acepta o repudia la herencia, el testamento producirá o dejará de producir los efectos deseados por el autor, sin que por ello, se afecten su existencia o su validez.

Finalmente el testamento es un acto jurídico "sui generis", porque la voluntad del autor, que es la suprema ley de la sucesión testamentaria, tiene que sujetarse, a un conjunto específicamente determinado de normas jurídicas, relativas a la capacidad para testar, a las formalidades para otorgar el testamento, a la licitud en el objeto y fin de las instituciones que haga, y a la validez de las condiciones que pretenda imponer, todas esas normas, son de tal modo específicas para el testamento, que como en el caso de las condiciones y de las nulidades, se apartan a veces irreconciliablemente, de las reglas aplicables a los demás actos jurídicos.

I.II. Carácter Personalísimo Revocable y Libre.

Podemos entender como acto personalísimo, a la expresión de la voluntad, realizada directamente con el fin de crear, modificar o extinguir, algún derecho o situación jurídica.

Entendemos por revocar, a "dejar sin efecto un acto jurídico", así que revocación, es el acto jurídico en virtud del cual, una persona se retracta del que ha otorgado, en favor de otra, dejándolo sin efecto, siendo posible únicamente, en los de carácter unilateral, como el mandato o el testamento.¹⁰

Entendemos como libre, la facultad que debe reconocerse al hombre, dada su conducta racional, para determinar su conducta, sin mas restricciones, que las señaladas por la Moral y el Derecho.

Se dice personalísimo, porque no puede desempeñarse por conducto de representante; ya que la mayoría de los actos jurídicos, se pueden ejecutar por medio de un representante y excepcionalmente, algunos deben ser personales; es decir, directamente el interesado debe ejecutarlos.¹¹

En el testamento, el carácter personalísimo estriba, en que es el testador en persona, el que debe de manifestar su voluntad, instruyendo herederos y legatarios, asignando cantidades y distribuyendo bienes.

Unicamente pueden encomendarse a terceros, la distribución de bienes o cantidades, que hubiese dejado el testador para ciertas clases, como huérfanos, ciegos, pobres, etc; fijando una cantidad global o un acervo de bienes como se trata de clases, con número indeterminado de personas, se encomienda al albacea: como ejecutor, o un tercero como albacea especial, en éstos casos, la intervención de un tercero es secundaria, el testamento en su disposición fundamental, que es instituir herederos y legatarios, al asignar

¹⁰ Idem. Pag 73.

¹¹ Idem. Pag 75.

determinado acervo, valor o cantidad, es ejecutado directamente por el testador.

Se dice revocable, porque no puede celebrar el testador, pacto o convenio, por el cual renuncie, a la facultad que tiene de revocar el testamento, pues tal pacto, no solo cuando implica renuncia, sino restricción o modificación, es inexistente, por una imposibilidad jurídica.

Decimos que hay inexistencia por imposibilidad jurídica, cuando el acto no puede llevarse a cabo, porque una norma de derecho, constituye un obstáculo insuperable para que ese acto, llegue a tener ejecución, ya que la norma dice, que el testador puede en cualquier momento, revocar su testamento y no puede renunciar a esta facultad, ni tampoco restringirla o modificarla.

La manifestación de la voluntad debe ser expresa, y clara y no dejar lugar a dudas si la voluntad del testador fuere coartada, no tendría valor y en consecuencia el testamento sería nulo.¹²

El carácter personalísimo del testamento, estriba en que sólo el autor en persona, puede manifestar su voluntad, a través de las instituciones testamentarias correspondiente: no puede valerse de apoderado, ni puede dejarse al arbitrio de un tercero, la subsistencia del nombramiento del heredero o de los legatarios, ni la designación de las cantidades que a ellos correspondan.

¹² Rojina Villegas. Rafaél. "Compendio de Derecho Civil Tomo II." Editorial Porrúa, S.A. México 1979. Pag 115.

Así también, debe entenderse que la disposición hecha en términos vagos, en favor de los parientes del testador, se refiere a los parientes más próximos, según el orden de la sucesión legítima.

La revocabilidad del testamento es también característica esencial y significa que, en cualquier momento hasta antes de la muerte, puede hacer el testador, uso del derecho de revocación, modificando, o dejando sin efecto, total o parcialmente, las disposiciones testamentarias anteriores, en consecuencia es nulo cualquier pacto o convenio, por el cual se restrinja o limite, de cualquier modo esa facultad, la revocación, puede ser expresa o tácita; es expresa, cuando así se manifiesta; es tácita, cuando se hace un nuevo testamento, que por si solo, significa la revocación del anterior, a menos que el testador declare que subsiste el primero, o que subsiste, con determinadas modificaciones.

La revocación surtirá su efecto, aunque el segundo testamento, caduque por la incapacidad o renuncia del heredero, o de los legatarios nuevamente nombrados, a menos que el segundo testamento, sea revocado y el testador declare ser su voluntad, que el primero subsista.¹³

La ley presupone, la revocación del testamento anterior, por el posterior perfecto, si el testador no expresa, en éste, su voluntad de que aquél, subsista en todo o en parte, así lo establece el artículo 1494º, cuyo texto, debe ser interpretado en el sentido, de que el testamento posterior a que se refiere, puede ser otorgado en cualquiera de las formas que la ley permite, según el

¹³ Idem. Pag 117.

caso en que se encuentre el testador, y que no hay motivo para suponer que el testamento posterior deba revestir la misma forma que el testamento anterior.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en ejecutoria dictada en el Amp. D 1060/50, señala que: "La revocación puede ejecutarse en cualquier momento y en la forma y términos, que mejor le parezcan al interesado, inclusive vendiendo los bienes aludidos en el testamento y con ello, dejarlo implícitamente sin efectos, o de cualquier otro modo, que produzca el mismo resultado, sin embargo, hay que tener presente que la revocabilidad del testamento, sólo es absoluta, cuando se trata de la voluntad de que produzca determinados efectos, cualquiera que sea su naturaleza y su alcance; pues, cuando a través del testamento, se reconoce, o se confiesa auténticamente la existencia de hechos ya ocurridos, la revocación o rectificación de la voluntad, de reconocerlos o confesarlos no puede borrarlos, ni desvirtuar su plena comprobación."¹⁴

La facultad de revocar el testamento, establecida como esencial en la definición que contiene el artículo 1295º, trae consigo la nulidad de la renuncia, de esa facultad que establece el artículo 1493º, la revocación del testamento anterior, se produce mediante el posterior perfecto, esto es, que reúna, todas las características legales necesarias para su validez, sin embargo, es preciso recordar que la revocación, no produce efectos acerca del reconocimiento de hijos nacidos fuera del matrimonio, artículo 367º, ésta disposición legal, nos autoriza a concluir, que el testamento sólo es revocable en cuanto a sus

¹⁴ Idem. Pag 118.

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, la revocación produce su efecto, aunque el segundo testamento, caduque por incapacidad o renuncia del heredero o de los legatarios nuevamente nombrados, (art. 1495º) esto es así, porque el testamento una vez revocado, deja de constituir la última voluntad del autor, a tal extremo, que para que recupere esa característica, debe haber una nueva declaración expresa del testador, según lo dispone el artículo 1496º.

I.III. Capacidad para Testar.

Para hablar de capacidad para testar nos referimos a que se cumplan todos los requisitos, tanto de existencia como de validez, y además, de la capacidad que debe tener el heredero o legatario. En nuestra legislación, encontramos, sólo dos supuestos para no poder testar, que son: La enajenación mental y los menores de edad, que aún no cumplen los 16 años, por consiguiente, cualquier persona con capacidad de ejercicio, puede disponer libremente de sus bienes.

Si se hace la transmisión por un incapaz, ésta no será válida, sino que operará la transmisión legítima o por disposición de ley.

Aunque hablando de la enajenación, puede operar el testamento público abierto, con la presencia de Notario Público y testigos, que con la intervención

de un Juéz de primera instancia, deberá de atestiguar, que el testador se encontraba durante todo el testamento, en total lucidez.

El artículo 1305° dice que pueden testar, todos aquellos a los que la ley, no prohíbe ese derecho y en su artículo 1306° dispone que son incapaces para testar, los menores que no han cumplido los 16 años de edad, sean hombres o mujeres y los que habitual o accidentalmente, no disfruten de su cabal juicio, a menos que el tutor o la familia del incapaz, presenten por escrito la solicitud al Juéz, quien mandará a dos médicos, de preferencia especializados, para verificar el intervalo de lucidez, este testamento, deberá contener las formalidades y requisitos, de cualquier testamento público abierto, y se realizará ante Notario.

Ante éstos dos impedimentos, sólo es posible la transmisión hereditaria, por medio de sucesión legítima.

En nuestro Derecho, nunca una condena, origina incapacidad para disponer por testamento o para adquirir por herencia; sino que más bien, suspende los derechos civiles como són; el ejercicio de un cargo, por la imposibilidad de cumplirlo, o la suspensión de los derechos como el de tutor, curador, albacea, mandatarios, depositarios, interventor, síndico, etc.

La incapacidad, para la minoría de edad es absoluta, la validez de un testamento, no puede ser reconocida, en ningún caso, cuando sea hecha por un menor de 16 años. En cambio la incapacidad por enajenación, es relativa,

ya que si es admisible, para aquellos que tienen intervalos lúcidos, pues lo importante para determinar la capacidad, es el estado que se guardaba, en el preciso momento de testar.

A la capacidad para testar, podemos agregar algunas causas que imposibilitan el heredar, contempladas así por la ley, en su artículo 1313º, y subsecuentes como lo són:

La falta de personalidad del legatario o del heredero.- Esta falta de personalidad, se refiere, a los que no hayan sido concebidos, a la muerte del autor de la herencia o aquellos, que habiendo sido concebidos, no nazcan viables (art 337º).

Para los efectos legales, sólo se reputa nacido, el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive 24 horas, o es presentado vivo al Registro Civil. Claro que podrán heredar, las personas que nazcan con posterioridad al testamento, durante la vida del autor de la herencia.

Otra incapacidad es por delito, generalmente podemos decir, que es todo acto inmoral, cometido contra el autor de la herencia, sus ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos. El artículo 1316º, regula once formas de incapacidad; por ejemplo cuando se intenta dar muerte al autor de la herencia, a sus ascendientes, descendientes, cónyuge o hermano o bien, cuando se ha dado muerte a alguna de esas personas; cuando el autor de la herencia, ha sido condenado por algún delito por acusación presentada por el heredero, cuando se han cometido actos inmorales, como puede ser que un padre

abandone a sus hijos, o prostituya a sus hijas, atente contra su pudor o no les de alimentos. En los casos de adulterio, el cónyuge adúltero no puede ser heredero así como tampoco su cómplice; cuando se presente alguna acusación que sea calumniosa, contra el autor de la herencia, sus ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos.

Sólo las personas capaces, pueden otorgar testamento, esto es, aquellas a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de este derecho, mediante el testamento, el autor de la sucesión, transmite sus bienes y derechos y puede declarar y ordenar que se cumplan deberes, por sus herederos o legatarios, la sucesión testamentaria, puede ser a título universal, cuando se instituyen herederos y a título particular, cuando se instituyen legatarios.

Así vemos que la capacidad para testar, es distinta de la capacidad, que en general se requiere para la celebración, de otros actos jurídicos y que se adquiere con la mayor edad, es interesante observar que en tanto que el hombre, no puede disponer de sus bienes, sino hasta que cumple 18 años, puede disponer de los mismos, a través del testamento, desde que cumple 16 años, anotamos como interesante esto, porque el que hace un testamento, celebra un acto jurídico de gran importancia, con la facultad de constituir y de extinguir obligaciones personales y derechos reales, establecer servidumbres, usufructos o copropiedades, extinguir cualquiera de estos derechos, transmitir individualmente la propiedad, a través de los legados y determinar obligaciones permanentes, siempre que todo esto, se haga para después de la muerte del autor; de lo dispuesto en los artículos 1305º y 1306º del Código Civil, se

desprende que la regla es la capacidad, y que la incapacidad es la excepción y debe ser probada, teniendo en cuenta que la capacidad depende en primer término, de la existencia de una voluntad inteligente y libre, que sea dueña de sí y que sepa lo que está haciendo; en segundo término, depende de la edad del testador, cuya determinación a variado a través de los tiempos, actualmente es de 16 años pero en los Códigos Civiles de 1870 y de 1884 eran de 14 años para el hombre y de 12 años para la mujer; además de las incapacidades establecidas en el artículo 1306º, encontramos algunas limitaciones, para hacer ciertos tipos de testamentos, como la establecida en el artículo 1530º, según el cual los que no saben o no pueden leer, son inhábiles para hacer testamento cerrado, y la que establece el artículo 1551º, conforme al cual, el testamento ológrafo, sólo podrá ser otorgado por las personas mayores de edad, la índole de esas formas testamentarias, justifica las excepciones, pues el testamento público cerrado, puede ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego, y rubricado y firmado del mismo modo, para que sea presentado de la misma manera ante Notario Público; en cambio el testamento ológrafo, deberá estar totalmente escrito por el testador y firmado por él.

I.IV. Capacidad para Heredar.

Todos los habitantes del Distrito Federal de la edad que sean, tienen capacidad para heredar y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto; pero con relación a ciertas personas y a determinados bienes, pueden perderla por alguna de las causas siguientes:

I. falta de personalidad, II. delitos, 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.

Aceptación de Herencia:

Acto en virtud del cual, una persona a cuyo favor se defiere una herencia, por testamento o ab-intestato, hace constar su resolución de tomar la calidad de heredero, con todas sus consecuencias legales, la aceptación de la herencia, es un acto cuya determinación depende únicamente de la voluntad del nombrado heredero; la herencia, necesita de la aceptación, para surtir sus efectos definitivos, el acto en virtud del cual, se lleva a cabo la aceptación de la herencia, ha sido calificado de neutro, en atención a que no es oneroso ni gratuito, como caracteres esenciales de la aceptación de la herencia, se reconoce por la generalidad de los autores, los de ser voluntaria, libre, irrevocable, pura, indivisible y retroactiva.

La característica esencial, es la voluntariedad, nadie puede ser obligado en consecuencia a aceptar la herencia, pues tal determinación, depende exclusivamente de la voluntad de los interesados libremente expresada; la función de la aceptación, en las legislaciones, que como la mayoría de las modernas, admiten el principio genérico de la transmisión instantánea, por el fallecimiento del De cujus, escribe Castán, recordando a Duguit; es la de confirmar una cualidad, precedentemente adquirida y hacer definitiva una transmisión de propiedad y de posesión, ya operadas por efecto de la ley, en el

instante mismo del fallecimiento, por lo cual dice Valverde, llama a la aceptación "un acto sancionador de la transmisión hereditaria, que consolida en la cabeza del sucesor, todos los derechos y obligaciones del difunto" los efectos de la aceptación, se retrotraen siempre a la fecha de la muerte del otorgante, tienen capacidad para aceptar, todos los que tienen la libre disposición de sus bienes.

La herencia dejada a los menores y demás incapacitados, será aceptada por sus representantes legítimos, la mujer casada, no necesita la autorización del marido para aceptar la herencia, la común, será aceptada por los dos cónyuges, resolviendo el Juez en caso de discrepancia, si el heredero fallece sin aceptar o renunciar la herencia, el derecho se trasmite a los sucesores; las personas morales capaces de adquirir pueden, por conducto de sus representantes legítimos aceptar herencias.

En cuanto a los establecimientos públicos, dispone el Código Civil, que no pueden aceptar herencias, sin aprobación de la autoridad administrativa superior de quien dependan.

Por la forma, la aceptación puede ser expresa o tácita, la expresa se produce por medio de palabras claras que no permitan duda legítima acerca de la voluntad de aceptar; la tácita, se desprende de aquellos actos que pueden tomarse razonablemente como inequívocos respecto a esa aceptación. No se tiene como casos de aceptación tácita, los actos de conservación, ni los de administración.

La aceptación no se puede hacer en parte, sujetándola a plazo o condicionalmente, la aceptación, una vez hecha, tiene carácter irrevocable, no pudiendo ser impugnada, sino en caso de dolo o violencia; pero el heredero, puede revocar la aceptación, cuando por un testamento desconocido, al tiempo de hacerla, se altere la cantidad o la calidad de la herencia.

Si el heredero, repudia la herencia en perjuicio de sus acreedores, éstos, pueden pedir al Juez que los autorice, para aceptar en nombre de aquél; pero la aceptación, sólo aprovechara a los acreedores, para el pago de sus créditos, los acreedores que acepten la herencia que corresponde a su deudor, ejercerán las acciones pertenecientes al mismo.

El Código Civil, al autorizar a los acreedores del renunciante, para que acepten la herencia en nombre de éste, establece una garantía para ellos, en relación con el cobro de sus créditos, no una limitación del derecho de repudiar la herencia.

La capacidad para heredar, la tiene toda persona de cualquiera edad, la ley sin embargo señala restricciones que implican la pérdida para heredar (1313° C.C.) bienes de los que se puede disponer por testamento.- El testador es libre para disponer de sus bienes; pero siempre debe dejar alimentos a sus descendientes varones, menores de 18 años, a sus descendientes varones, que estén imposibilitados para trabajar y a las hijas que no hayan contraído matrimonio y vivan honestamente, unos y otras aún cuando fueren mayores de 18 años; al cónyuge supérstite, siempre que siendo varón, esté impedido para

trabajar o que siendo mujer permanezca viuda y viva honestamente; a los ascendientes; a la mujer con quien el testador vivió, como si éste fuera su marido, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte, o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato; a los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras no cumplan 18 años, si no tienen para subvenir a sus necesidades; el testador debe, reservarse determinada suma para alimentos propios.

Condiciones que se pueden poner en los testamentos.

El testador, es libre para establecer condiciones al disponer de sus bienes, en caso de que un heredero o un legatario no cumplan con la condición impuesta, por causas ajenas a su voluntad, dicha falta de cumplimiento no le perjudicará, siempre que haya empleado todos los medios necesarios para cumplirla. Es nulo el testamento hecho bajo la condición, de que el heredero o legatario hagan a su vez, en su propio testamento, alguna disposición en favor del testador o de otra persona, la condición impuesta al heredero o legatario de tomar o dejar de tomar estado, se tendrá por no puesta.

Substitución. - Se llama substitución de heredero, el acto por el cual el testador, pone en lugar del heredero o herederos instituidos, una o más personas, para el caso de que mueran antes que él, o de que no puedan o no quieran aceptar la herencia.

Los substitutos pueden ser nombrados conjunta o sucesivamente, los substitutos recibirán la herencia, con los mismos gravámenes y condiciones, con que debían recibirla los herederos, están prohibidas las disposiciones, que a su vez contengan prohibición de enajenar las que llamen a un tercero a lo que queda de la herencia, por muerte del heredero, y las que contengan encargo de prestar, a más de una persona sucesivamente, renta o pensión.

Tienen derecho a heredar por sucesión legítima, los descendientes, los ascendientes, el cónyuge supérstite, los parientes por adopción, los parientes colaterales dentro del cuarto grado, en ciertos casos, la concubina.

Sucesión de los descendientes.- si el autor de la herencia, deja sólo hijos, ésta se reparte en partes iguales. Si concurren hijos con el cónyuge que sobreviva, a éste le corresponderá la porción de un hijo, siempre que carezca de bienes, pero si los que tiene, no igualan a la porción que le correspondería como hijo, se completará esta porción, hasta igualar la de un hijo. Si quedaren hijos y descendientes de ulterior grado los primeros heredan por cabeza y los segundos por estirpes, si sólo quedan descendientes de ulterior grado la herencia se dividirá por estirpes, cuando concurren hijos con ascendientes, éstos sólo tienen derecho a alimentos, sucesión de los ascendientes; los ascendientes tienen derecho a la herencia, cuando no existen descendientes, el padre y la madre suceden por partes iguales; si concurren ascendientes con descendientes, aquellos sólo tienen derecho a alimentos, si sólo hubiese padre o madre, sucederá al hijo en toda la herencia; si sólo hubiese ascendientes de ulterior grado por una línea, a ellos corresponderá la herencia, pero si los

hubiese por ambas líneas, se dividirá la herencia en dos partes iguales, aplicándola a los ascendientes de cada línea; los miembros de cada línea, dividirán entre sí por partes iguales, la porción que les corresponde. Los ascendientes aún cuando fueran ilegítimos, tienen derecho de heredar de sus descendientes reconocidos.

Sucesión del Cónyuge.- el cónyuge puede heredar, concurriendo con hijos del autor de la sucesión tiene el derecho de un hijo, si carece de bienes o los que tienen al morir el autor de la sucesión, no igualan a la porción que a cada hijo debe corresponder, lo mismo se observará, si concurren con hijos adoptivos del autor de la herencia; si el cónyuge superviviente concurre con ascendientes, la herencia se dividirá en dos partes iguales, de las cuales, una corresponderá al cónyuge y la otra a los ascendientes; si concurre con hermanos del autor de la sucesión, la herencia se divide en tres partes, correspondiendo dos tercios al cónyuge, y el tercio restante al hermano y si éstos, son varios, se dividirá en partes iguales, a falta de ascendientes, descendientes y hermanos.

El cónyuge sucederá en todo.

Sucesión de los colaterales.- Si sólo hermanos por ambas líneas, sucederán por partes, iguales; si concurren hermanos con medios hermanos, aquellos heredarán doble porción; si concurren hermanos con sobrinos, los primeros heredarán por cabezas y los segundos por estirpes, a falta de hermanos, sucederán sus hijos, dividiéndose la herencia por estirpes y la porción de cada estirpe por cabezas.

Sucesión de la concubina.- La concubina hereda de acuerdo a lo siguiente; si concurre con sus hijos, que también lo sean del autor de la herencia, hereda la porción que le corresponda a un hijo, si concurre con descendientes del autor de la herencia; que no sean descendientes de ella, tendrá la mitad de la porción, que le corresponde a un hijo. Si concurre con ascendientes del autor de la herencia, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que forman la sucesión; si concurre con parientes colaterales, dentro del cuarto grado del autor de la sucesión, tendrá derecho a una tercera parte de ésta. Si el autor de la herencia no deja parientes en ningún grado; la mitad de los bienes pertenece a la concubina y la otra mitad a la Beneficencia Pública.

Si al morir el autor de la herencia, tenía varias concubinas, ninguna de ellas heredará.

Sucesión de la Beneficencia Pública.- a falta de todos los herederos, la beneficencia heredará.

El derecho subjetivo de heredar debe ser observado como derecho de transmitir y como derecho de adquirir, el primero, corresponde al autor y es una consecuencia lógica y necesaria del derecho de propiedad, ya que la transmisión se efectúa por testamento o por disposición de la ley, pues en ambos casos, se satisface la finalidad social y económica de la sucesión, tanto para cumplir con los deberes privados y familiares del De cujus, como para garantizar cumplimiento de las obligaciones pendientes a su muerte, el derecho

de adquirir por herencia, es el que asiste, a quien el autor ha designado para sucederle o a quien señala; su caso, la sucesión legítima.

Históricamente, el derecho de heredar que responde al autor, sigue las transformaciones del derecho de propiedad, a medida que pasa de la etapa colectiva, a la familiar, Y por último a la individual; los bienes del que muere, se transfieren al grupo, a la familia y de individuo a individuo.

El derecho de adquirir por herencia, nace dentro de la familia, como facultad de los cónyuges o de los parientes consanguíneos y su razón de ser, se funda en el parentesco y en la convivencia, más tarde se piensa que el derecho de heredar, fue instituido por Dios, y el hombre no puede sustraerse a él; de ésta afirmación, se desprende la idea de que el derecho de heredar, forma parte de la naturaleza del hombre, proviene de los vínculos de la sangre, y no puede ser modificado a través de la libre testamentación.

En todo tiempo, la economía de la familia justifica el derecho de heredar, por que el cónyuge superviviente (Se conoce por éste nombre, a aquel de los dos, que sobrevive.) y los hijos, tienen una legítima expectativa, sobre el patrimonio formado por bienes adquiridos o conservados por todos a un mismo tiempo.

Hay quienes opinan, que si no existiera el derecho a heredar, se produciría la anarquía y la indisciplina social, pues sólo a través de ese derecho, se impide la posibilidad de que terceros extraños, traten de disputar los bienes que corresponden, por razones económicas y afectivas a los miembros de la familia.

El derecho de heredar, que corresponde al autor, se realiza a través de la sucesión testamentaria y de la sucesión legítima, la primera, descansa en la libre y expresa voluntad del autor; y la segunda en su voluntad presunta, suplida por la ley, siguiendo los motivos nacionales de aquel, en ambos casos, se deriva del derecho de propiedad y se integra por factores de orden familiar y social.

Ahora por regla general, todos los habitantes del Distrito y Territorios Federales, de cualquiera edad que sean, tienen capacidad para heredar y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto, dice la primera parte del artículo 1313º del C. Civil, sin embargo con relación a ciertas personas y a determinados bienes, la capacidad de heredar puede ser perdida, por algunas de las causas que establece el mismo precepto.

Las causas son:

I.- Por falta de personalidad.- Esta causa, se refiere a la incapacidad de adquirir por testamento, o por intestado, que afecta a los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables conforme a lo dispuesto en el artículo 337º, según el cual para los efectos legales, sólo se reputa nacido, el feto que desprendido enteramente del seno materno, vive 24 horas, o es presentado vivo dentro de ese tiempo al Registro Civil, la viabilidad del heredero, es el hecho del cual depende, el cumplimiento de la condición implícitamente establecida por el testador, al instituir como heredero, a quien ya esté concebido, pero que aún no ha nacido, pues si no fuere viable, deja de cumplirse el hecho necesario

para que herede y por lo tanto, esa condición tiene el carácter de suspensiva no de resolutoria, no obstante ello, el artículo 1315° considera válida la disposición hecha en favor de los hijos que nacieran de ciertas y determinadas personas, durante la vida del testador; es decir que a la muerte de este ya hubiesen nacido y estén vivos

II.- Delito.- Esta incapacidad, se refiere a la posibilidad de heredar por testamento o por intestado, se considera dentro de ellas a el que haya sido condenado, es decir; juzgado y sentenciado definitivamente, por haber dado, mandado o haber dado muerte, a la persona de cuya sucesión se trate, a los padres, hijo, cónyuge o hermanos de ella; el que haya hecho acusación, aunque sea fundada, de delito que merezca pena capital o de prisión, contra el autor de la sucesión, sus ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuge, o , aunque no lo fuere, si la acusación es declarada calumniosa, a no ser que ese acto, haya sido preciso, para que el acusador, salvara su vida, su honra, o la de sus ascendientes, descendientes, hermano o cónyuge; El cónyuge, hombre o mujer, que mediante juicio, se entiende que por sentencia firme, ha sido declarado adúltero, si se trata de suceder al cónyuge inocente; el coautor del cónyuge adúltero, en la sucesión de éste o en la del otro cónyuge; el que haya sido condenado por un delito que merezca pena de prisión, cometido contra el autor de la herencia, de sus hijos, de sus cónyuge, de sus ascendientes o de su hermano; el padre y la madre respecto del hijo expuesto por ellos, entendiéndose por expuesto, al hijo abandonado sin protección alguna, esto es, sujeto a la posibilidad de ser atacado o destruido por el hambre, el frío, los insectos, los roedores, las fieras, y sin dejar noticia a través de la cual, pueda

identificarse a los padres; los padres que abandonaren a sus hijos, prostituyeran a sus hijas o atentaren a su pudor respecto de los ofendidos, entendiéndose como abandono, el simple incumplimiento del deber de asistencia, y de cuidado, que debe cumplirse personalmente; por prostitución, la incitación y conducción a la vida deshonesta o en libertinaje, y por atentar al pudor, la ejecución de los actos que la ofendan; En ejecutoria pronunciada por la Suprema Corte de Justicia, al resolver el Amparo Directo 2418/1962, se dice que tiene una gran importancia para la determinación de ésta y otras causas de incapacidad: "La autoridad responsable¹⁵ no está en lo justo al sostener, que para que pierda el derecho a heredar, el padre con relación a los bienes de su hijo, como ocurre en la especie, era necesario que la Autoridad Judicial del orden penal hiciera o hubiera dictado, una sentencia declaratoria del delito de abandono".

Esto porque la fracción VII, del artículo 131º del Código Civil, establece que se pierde el derecho a heredar, por razón de delito cometido, por el presunto heredero, y haciendo su víctima al autor de la herencia. Tal situación, está en desacuerdo con la disposición del artículo 444º, señala como uno de los casos de pérdida de la Patria Potestad, el haber abandonado el padre al hijo, ni con el caso de divorcio, cuando se señala en las numerosas causas del artículo 267º, pues ya sea por el abandono, la corrupción, la calumnia, la injuria, no se requiere la causa penal, para que prospere la causa civil, porque se trata en realidad de un delito civil.

¹⁵ Se conoce de esta manera, a la autoridad que ejecuta o trata de ejecutar el acto violatorio de garantías.

Entonces la sala responsable, debe salvar el precedente que siempre ha cuidado de establecer ésta Suprema Corte, que para calificar estos hechos, que lo mismo pueden revestir, una manifestación en el Código Penal, como tipos de delitos específicos, que como causa en el orden civil para la pérdida de la patria potestad, o de ciertos derechos de carácter civil o del estado civil y debe establecerse la tesis, en el sentido de que se conceda amparo, para que la autoridad responsable, reparando las violaciones en que incurrió, modifique la sentencia declarándola sin efecto, y establezca que la hipótesis, prevista en la fracción VII del 131º no requiere de sentencia de autoridad penal"; los demás parientes del autor de la herencia, que teniendo obligación de darle alimentos, no la hubiesen cumplido, se entiende que se trata de la obligación alimenticia, que establece la ley.

Los parientes del autor de la herencia que, hallándose imposibilitado para trabajar y sin recursos, no se cuidaren de recogerlo o de hacerlo recoger, en establecimiento de beneficencia, se entiende respecto de los parientes que no tengan obligación alimenticia y que pudiendo, no hubiesen cumplido con los deberes de asistencia a que se refiere la ley.

El que usare de violencia, dolo o fraude, con una persona para que haga, deje de hacer o revoque su testamento y; el que conforme al código penal fuere culpable de supresión, sustitución o suposición de infante, siempre que se trate de la herencia, que debió de corresponder a esto, a las personas a quienes se haya perjudicado o intentado perjudicar con esos actos.

III.- Presunción de influencia, contraria a la libertad del testador, o a la verdad o integridad del testamento.- Esta incapacidad, se refiere simplemente a la sucesión testamentaria, y comprende a los tutores y curadores en general, a no ser que sean instituidos herederos o legatarios, antes de ser nombrados o después de la mayor edad del pupilo, y siempre que en éste caso, en el acto de la institución ya se hubiesen aprobado, las cuentas de la tutela.

Esta incapacidad, no comprende a los ascendientes, ni hermanos del menor, que hubiesen fungido como tutores o curadores, específicamente y por presunción de influencia contraria a la libertad del testador, es incapaz de heredar por testamento, el médico que le haya asistido durante su última enfermedad, siempre que entonces se haya hecho la disposición testamentaria respectiva, esta incapacidad, comprende al cónyuge, ascendientes, descendientes, y hermanos del facultativo, a quienes se supone como interpósitas personas de éste. Sin embargo la incapacidad deja de existir en cuanto el médico sea heredero legítimo.

La incapacidad, por presunción de influjo contrario a la verdad e integridad del testamento, comprende al Notario y a los testigos del acto y sus cónyuges, descendientes, ascendientes o hermanos.

Además de la ineficacia de la disposición testamentaria relativa a esta incapacidad, el Notario que a sabiendas autorice un testamento en los casos expresados, sufrirá la pena de privación de oficio.

IV.- Falta de reciprocidad internacional.- Esta incapacidad, se refiere a las sucesiones testamentarias y legítimas y se establece respecto de los extranjeros, que según las leyes de su país, no pueden testar o dejar por intestado sus bienes, a favor de los mexicanos, pues la regla general es la de que los extranjeros y las personas morales, son capaces de adquirir bienes por testamento o por intestado, con las limitaciones que establece el interés público, establecido en la Constitución y en las respectivas leyes reglamentarias.

Por tanto, como la incapacidad establecida en el artículo 1328º, es una excepción a la regla general, debe ser probada por quien niegue el derecho hereditario y no por quien lo reclame.

V.- Utilidad Pública.- Esta incapacidad, sólo se establece respecto de la sucesión testamentaria, previniendo la ley, que la herencia o legado que se deje a un establecimiento público imponiéndole algún gravámen o bajo alguna condición, sólo serán válidos, si el gobierno los aprueba y que las disposiciones testamentarias, hechas en favor de los pobres en general o del alma, se regirán por los preceptos relativos de la ley de la beneficencia privada.

Renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento, los que hubiesen rehusado, sin justa causa el cargo de tutor, curador o albacea testamentario o que por mala conducta, haya sido separado judicialmente de su ejercicio, son incapaces de heredar por testamento.

También son incapaces de heredar a los incapaces, menores o mayores, de quienes deben ser tutores legítimos, los que rehusen sin causa legítima, a desempeñar dicho cargo sin embargo, la incapacidad no comprende a los que, desechada por el Juez la excusa, hayan servido el cargo.

CADUCIDAD DE LA ACCION DE INCAPACIDAD.- Caduca o prescribe la acción para declarar la incapacidad, cuando no es de interés público; pero como entonces puede suceder, que el que entró en posesión de la herencia y la pierda después por incapacidad, hubiese enajenado o gravado todo o parte de los bienes, antes de ser emplazado en el juicio, en que se discuta su capacidad y que aquel con quien contrato, hubiera tenido buena fe, el contrato subsistirá; pero el heredero incapaz, estará obligado a indemnizar al heredero legítimo de todos los daños y perjuicios.

Para que se produzcan los efectos señalados, es necesario que la enajenación o gravamen, hubiese tenido lugar antes de que el heredero incapaz, haya sido emplazado en el juicio, en el que se dictara su incapacidad, pues si enajenó o gravó después, o si aquel con quien contrato no hubiese tenido buena fe, el contrato, no subsistirá en perjuicio de los herederos legítimos o substitutos.

CAPITULO SEGUNDO

II. ANTECEDENTES HISTORICOS.

II.I. DERECHO ROMANO.

II.I.1. Formalidad y Solemnidad.

Testamentum no sólo es el acto de testar, sino también el documento en que este acto consta, también llamado tabulae¹⁶

En el primitivo Derecho Romano, la transmisión hereditaria, tenía un carácter fundamentalmente religioso; el heredero continuaba la persona del autor para ejercer la soberanía doméstica y, como consecuencia, para hacerse cargo del patrimonio y del culto familiar.

La sucesión legítima o forzosa, por disposición del Estado, tuvo gran importancia antes de que se estableciera la sucesión testamentaria.

Se reglamentó primero la sucesión legítima o forzosa; La sucesión testamentaria, fue introducida por la ley de las XII tablas y posteriormente se creó, la costumbre de otorgar testamento con la idea de que testar, era un honor y morir intestado, un deshonor; la facultad de hacerlo, dependía del derecho público y por este motivo, la sucesión testamentaria adquirió extraordinaria importancia, admitiéndose dentro de la organización de la familia.

¹⁶ Margadant S. Guillermo F. "Derecho Romano." Editorial Esfinge, S.A. México 1985. Pag 462.

romana, como consecuencia de la potestad ilimitada del pater familias, y consagrándose así, el régimen de libre testamentifacción.

Formas solemnes de Manumisión -

Manumissio Testamento.- Este procedimiento lo empleaba el dueño, al formular su disposición testamentaria, para surtir sus efectos después de la muerte del testador, según prescripción contenida en la ley de las XII tablas. El dueño al formular testamento podía acordar la libertad de alguno o algunos de sus esclavos, instituyendo el legado de libertad.

-(Restricción) Ley Fufia Canina. Esta ley, limitó las manumisiones testamentarias en proporción, al número de esclavos que poseyera el autor testamentario, pero que en ningún caso podían pasar de cien, declarando nulas las manumisiones, que excediera de este límite. (Abrogada por el D, Justiniano).

En el D. Clásico. ius capiendi- derecho de adquirir una herencia o un legado.

-Heredes sui (hijo a la muerte del pater-familias)

Tutela Testamentaria.- Es la que se instituye en un testamento, o en un codicilo confirmado. La tutela testamentaria era la más importante, y tenía preferencia sobre la legítima y la dativa. El derecho a designar tutor testamentario, era un atributo de la patria potestad y consecuentemente, correspondía al pater familias, éste sólo puede nombrar tutores testamentarios, a quienes puede

elegir como herederos, estando excluidos los peregrinos, los dedicticios, los latino junianos, y las personas inciertas.

El nombramiento del tutor, debía hacerlo en forma imperativa en el testamento y después de la institución de heredero, según las formalidades primitivas postuladas por los Sabinianos; aún cuando los Proculianos, sostenían el criterio de que la designación, era válida hecha antes de la institución de heredero, habiendo prevalecido, ésta última opinión.

El autor testamentario, podía designar a uno o varios tutores; y la designación podía limitarse o suspenderse por un término o una condición.

Se reconoció plena validéz, a la designación de tutor, hecha en un testamento nulo por la forma o a la realizada por un padre natural o la madre, a condición de que fuera confirmada por el magistrado, previa información sobre la honradez y habilidad del tutor designado.

Sucesión.- En su acepción genérica, el término sucesión, deriva del latín "succéssio" que significa "acción de suceder" y suceder a su vez proviene de "succedere", que quiere decir "seguir una persona a otra"; en el orden jurídico, sucesión implica la transmisión de bienes, derechos y obligaciones de un sujeto a otro, distinguiendo dos tipos de sucesión; a título universal, per universitatem, cuando se transfiere un patrimonio íntegro o en partes alcuotas, y a título particular in singula res, cuando comprende bienes, derechos u obligaciones, singularmente determinados.

II.1.2. Clases de Testamento.

Como el objeto de dejar un testamento era el de continuar con la personalidad, afectos, simpatías, odios y rencores, el romano solía llenar su testamento con multa et atrocía, que eran insultos dirigidos a sus enemigos, haciendo de él un monumento de odio.¹⁷

Domiciano Ulpiano dice "Testamentum est, mentis nostrae iusta contestatio, in id solemniter facta, ut post mortem nostram valeat" significa "Testamento, es la manifestación legítima de nuestra voluntad, hecha solemnemente; para hacerla válida después de nuestra muerte".

Artículo 1295° del Código Civil. Es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz, dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte.

Modestino, dice "Testamentum est, voluntatis nostrae iusta sententia, de eo quod quis post mortem, suam fieri vult", significa "Testamento, es la justa manifestación de nuestra voluntad, relativa a lo que uno quiere se realice después de su muerte.

Raúl Lemus García dice "Testamento, es una expresión unilateral de voluntad, recusable, formulada con las solemnidades prescritas por el Derecho, para

¹⁷ Idem. Pag 464.

surtir efectos con posterioridad a la muerte de su autor, y mediante lo que éste dispone de su patrimonio, instituyendo heredero.

Características:

1.- El testamento constituye un acto que se realiza a nombre del estado, ya que la facultad de testar deriva de la propia ley.

2.- Constituye una manifestación unilateral de voluntad, es decir, que por regla general no contiene acuerdo de voluntades, aunque los autores, se refieren a un caso especialísimo de excepción, admitido por el derecho de Justiniano.

3.- Es revocable; esto significa, que siendo el testamento un producto de la libre voluntad de su autor, éste mismo, puede dejarlo sin efecto, por un acto posterior a su otorgamiento.

4.- Es una expresión solemne; lo que implica que en su otorgamiento, debían observarse las formas rigurosas establecidas por el Derecho Romano.

5.- Los efectos, por principio general, debían producirse después de la muerte del autor.

6.- Debía contener como condición, sine qua non, para su plena existencia y validéz, la designación de unos o varios herederos.

7.- Mediante la institución comentada, su legítimo dueño disponía de su patrimonio.

Formas de testar.-

Derecho Antiguo.- (había cinco formas de testamento)

1).- El testamento Calatis comitiis o comicial.

Este testamento, se hacía ante los comicios que sancionaban la voluntad del testador, dándole el carácter de una verdadera ley, antes del Código de las XII tablas. A partir de éste ordenamiento, los comicios no tuvieron más carácter que el de testigos, ya que dicha ley, sancionó la libertad absoluta para formular testamento; esta forma de testar, desapareció antes de fines del régimen republicano.

2).- Testamento In procinctu o militar.

Era el testamento militar, sancionado por el pueblo en formación de batalla. Aquí el pueblo armado, desempeñaba el papel de testigo, cayó en desuso antes de fines de la República.

3).- Testamento Per aes et libram original.

Era el testamento, hecho mediante la *mancipatio*. El testador, enajenaba su patrimonio en beneficio del *familiae emptor*, quien desempeñaba el papel de comprador del patrimonio, con la obligación moral, de transmitirlo a los herederos; mediante éste procedimiento, se obtenían dos resultados prácticos;

a) Hacía posible el testamento de los plebeyos.

b) Facilitaba el testamento de aquellas personas próximas a morir, que no podían esperar la reunión de los *comicios*, que se celebraba dos veces por año, el 24 de Marzo y el 24 de Mayo. Presentaba estos inconvenientes: 1) El testamento era irrevocable, 2) Desposeía al testador en vida de su patrimonio, 3) Sólo moralmente, el *familiae emptor* tenía la obligación de pagar las deudas, 4) No podía hacerse en provecho de personas, sometidas a la potestad del autor testamentario.

4).- Testamento *Per aes et libram* perfeccionado.

Este testamento tenía dos fases; La *Mancipatio* y la *Nuncupatio*.

La *mancipatio*, tenía por objeto la venta de la herencia al *familiae emptor*, quien era un mero intermediario encargado de entregar la herencia al heredero designado en la *nuncupatio*.

En la *nuncupatio* el testador, en tablas de cera, asentaba su última voluntad y designaba al heredero. Los testigos que intervienen en la *nuncupatio* ponían su sello sobre las tablas (*obsignatio*) y su nombre, (*superscriptio*) ésta forma, estuvo en vigor hasta los primeros siglos del imperio.

5).- Testamento Nuncupativo.

Esta forma de testamento era verbal, el testador en presencia de cinco testigos antes de Justiniano, siete durante el gobierno de éste, declaraba verbalmente, cual era su última voluntad, esta forma de testar, apareció en el bajo imperio y era aplicado todavía en el período de Justiniano. El pretor, otorgaba validéz a éste tipo de testamento, cuando su autor lo confeccionaba hallándose en peligro de muerte.

Derecho Pretoriano.-

El Pretor, dio pleno valor al testamento escrito por el testador, presentado ante siete testigos y sellado por ellos. El magistrado aludido, concedía al heredero instituido de esta manera, la *bonorum possessio secundum tabulas*, al principio *sin re* (sin efecto) a partir de Antonio el Piadoso *cum re* (con efecto).

Derecho del Bajo Imperio.- Testamento tripartitum.

Este testamento, fue creado por la constitución de Teodosio II y Valentiniano III, en el año 439 de nuestra era. Se formulaba por escrito y se presentaba abierto o cerrado, ante siete testigos. El testador y los testigos, inscribían al pie del mismo sus nombres, indicando los testigos, que ellos hacían dicha inscripción (*subscriptio*); por último en el testamento, se ponían los sellos de los siete testigos y sus nombres (*obsignatio* y *superscriptio*).

Se le llamó tripartitum, porque se hacía tomando reglas de la legislación de tres periodos diferentes: a) Del D. Antiguo, la regla de que el testamento debía formularse sin interrupción (uno contextu). b) Del D. Pretoriano los siete testigos con sus sellos y c) Del D. Imperial: las demás formalidades incluyendo la subscriptio.

Derecho Justiniano.- Aún durante el Bajo Imperio, se hacía la distinción entre testamentos públicos y privados u ordinarios:

1.- Testamenta Pública.- eran aquellos que se transcribían en los registros judiciales o municipales, como el Apud acta, o se depositaban en la persona del príncipe, como el Principi Oblatum.

2.- Testamenta Privata.- Són aquellos otorgados ante testigos y en los que no intervenían ningún tipo de autoridades o funcionarios. Estos últimos, podían formularse por escrito o verbalmente, el testamento escrito podía ser ológrafo, cuando el testador lo escribía de puño y letra y alógrafo cuando era escrito por persona distinta de su autor.

3.- Testamentum Privilegium.- El D. Justiniano, regulaba distintos tipos de testamento, que gozaba de una situación de privilegio, por las facilidades que se confería para su otorgamiento, estos eran:

a) El Testamento Militis o Militar.

La ley otorgaba grandes facilidades a los militares en campaña, para formular testamento, sin observar las formalidades prescritas por la ley, para los testamentos ordinarios, a tal grado que podían testar escribiendo su última voluntad, con la punta de la espada en el suelo o con su sangre en el escudo que portaban, era válido, hasta después de un año de que su autor, se separaba del ejercito, no había relación con el In procintu del D. Antiguo

b) Testamento Ruri Conditium o Testamento Rural.

Era el que se podía otorgar con plena validez, ante cinco testigos, aún cuando éstos fueran analfabetos, consecuentemente no lo suscribieran, jurado a la muerte del testado, que la voluntad de éste había sido correctamente reproducida.

c) Testamento Tempore Pestis Conditum.

Otorgado en períodos de peste y cuando el testador, se encontraba afectado por la enfermedad que lo motivara, los testigos podían suscribir el documento con posterioridad a su autor y no en forma simultánea, como lo mandaba el principio unitas actus.

En ésta materia, siempre se observó una notable tendencia al formalismo, este formalismo, en materia testamentaria, aunque siempre existió, se acentuó más en la fase pre clásica desde Augusto, se introduce un leve relajamiento; las nuevas ramas que durante el principado crecen en el árbol sucesorio, como el

fideicomiso y el codicilo, no muestran el rigor que tradicionalmente caracterizaba esta materia, paralelamente a esta reducción del formalismo testamentario, observamos, desde el fin de la fase preclásica, la tendencia a interponer más bien la voluntad del testador, que el texto.

Esta nueva actitud ante el testamento, se había anunciado ya, siglo y medio antes, en la famosa causa curiana, que provocó una verdadera tormenta en el ambiente jurídico de los últimos tiempos de la República el testamento romano nació, quizá como una ley especial; Pasó por la fase del contrato y llegó finalmente al concepto moderno de la declaración unilateral de última voluntad. Las formas más antiguas de testamento romano eran el testamento "Calatis Comitibus" y el testamento "In Procinctu".

El Calatis Comitibus, se hace ante los comicios dos veces al año (El 24 de marzo y el 24 de mayo, no podemos hablar que este testamento tuviera el carácter de ley, pues no se sabe si los comicios debían ser meramente testigos o si podían aprobar o reprobar el testamento- Sea Lex Specialis o no el testamento Calatis Comitibus, exactamente como los otros negocios básicos del Derecho Preclásico (la Adrogatio, la in iure cessio, la manumissio censo, mancipatio, coemptio o confarreatio), fue un acto celebrado con amplia publicidad.

El testamento "In Procinctu" consistía en que, antes de iniciarse una batalla se permitía a los soldados, que hicieran su testamento tomando por testigos a sus compañeros de armas, ésta ceremonia tenía a veces, el papel de una discreta protesta de los soldados contra órdenes de sus superiores insensatamente

peligrosas, al lado de estos dos testamentos, que solo podían hacerse dos veces al año o al iniciarse una batalla.

Los romanos buscaron otras formas testamentarias que pudieran utilizar en cualquier tiempo y así se introdujo, el testamento "Mancipatorio", o el testamento en forma de contrato, era el caso en que el testador, celebraba una compraventa ficticia con el familiae emptor (comprador del patrimonio) con testigos libripens, balanza etc. Es decir en forma de un mancipatio, éste testamento tenía la ventaja de poder celebrarse en cualquier tiempo, pero sus desventajas eran:

- a) Ser irrevocable.- pues al ser un acto bilateral, no podía anularse por la voluntad unilateral de una de las partes.
- b) Ir acompañado de una publicidad, cosa poco deseable en materia sucesoria, como siempre salen perjudicados algunos herederos legítimos, éstos podían vengarse, amargando así los últimos días o años del testador.

Poco a poco cambió la práctica de éste testamento-contrato.

El Emptor Familiae, se convirtió en un albacea, recibía cerradas las tabulae firmadas por testigos, a quienes por cortesía se invitaba a leerlas, y quienes por cortesía se negaban a hacerlo. Las tablas indicaban, quien sería el heredero y quienes los legatarios, y contenían otras disposiciones más sobre manumisiones, tutela o curatela. La mancipatio que acompañaba la entrega de las tablas, se hizo con tales cláusulas que el Emptor Familiae, no recibía la propiedad quiritaria de los bienes del testador-vendedor, sino que sólo figuraba

como mandatario-depositario, de modo que en caso de mala fe por parte del Emptor, los herederos tenían una acción real, para poder recuperar los bienes indebidamente vendidos por él. Así se introdujeron dos nuevos elementos en la práctica testamentaria; la discreción y la idea de que el testamento, es una declaración unilateral; además encontramos en el ius civile, otro testamento mas, hecho oralmente ante siete testigos; el testamento Nuncupativo.

En el Derecho Pretorio, el Pretor se declaraba dispuesto desde la última época republicana, a conceder la bonorum possessio, a las personas indicadas en bulae, firmadas por el testador y siete testigos (un número de testigos que correspondía al que se necesitaba para una mancipatio; cinco, mas el portabalanza y el familiae emptor). Sin embargo hasta Antonino Pío, los herederos legítimos según el ius civile, podían reclamar sus derechos, alegando que el testamento aludido, era inválido ante el ius civile, por falta de mancipatio.

Sólo bajo dicho emperador, se permitió al pretor (quien en aquella época posterior al edicto de Adriano, ya no tenía la libertad autónoma de crear y negar acciones y excepciones), rechazar dichas reclamaciones de los herederos del ius civile, mediante la exceptio doli, concedida a los herederos indicados en el testamento pretorio. En tiempos de Teodosio II y de Valentino III, los emperadores oriental y occidental, introducen una nueva forma de testamento, que llega a ser muy popular.

El testamento Tripartito, se componía de tres partes: a) el texto, b) la subscriptio de los siete testigos, que era la declaración expresa de que habían

intervenido con carácter de testigos y c) los sellos de los testigos, afuera, sobre el testamento cerrado y plegado (obsignatio) éste testamento, debía hacerse en un sólo acto sin interrupciones¹⁸sin embargo, era lícito dejar abierta la institución del heredero, refiriéndose para esto a otro documento posterior, es ésta la figura que la edad media, conoce como testamentum Mysticum.

En torno a éste testamento central, había muchas formas especiales como: a) el testamento militare, el cual podía hacerse" con sangre dentro del escudo y con la espada en la arena", un solo testigo bastaba, servía únicamente en tiempos de guerra, y tenía validéz hasta por un año después de que el soldado se hubiera separado honrosamente del ejército; en caso de despido ignominiae causa, el testamento militar perdía inmediatamente su validéz.

Justiniano lo limitó al tiempo que durara la expedición militar, el testamento del padre a favor de sus hijos, podía ser verbal y entonces bastaban dos testigos; en caso de ser escrito, era suficiente una declaración ológrafa sin testigos, el testamento hecho en el campo, por la dificultad de encontrar ciudadanos libres que pudieran ser testigos, bastaba en ese caso cinco testigos

El testamento hecho en época de peste, para disminuir el peligro de contagio, los testigos, podían venir a firmar en visitas sucesivas, de manera que éste testamento, no se hacía en un sólo acto.

¹⁸ El requisito de la Unitas Actas, que se encuentra todavía en el artículo 1519 del Código Civil, e inclusive en varias partes del mundo Anglosajón.

Un inconveniente del testamento común y corriente, era que el testador lo guardaba entre sus propios papeles, después de su muerte; personas interesadas en la procedencia de la vía legítima (en vez de la testamentaria) podían destruirlo fácilmente, en cuyo caso, aún comprobando con testigos que había habido un testamento, era difícil comprobar que esa destrucción, no había sido causada por el testador mismo. Por esta razón, se introdujo la posibilidad de depositar el testamento, en poder de alguna autoridad y así surge el Testamentum Apud Acta Conductum, hecho con intervención de una autoridad de fe pública y conservado por ella en sus archivos.

Finalmente encontramos el Testamentum Principi Oblatum, depositado en poder del emperador, para ser guardado en el archivo de palacio.

II.1.3. Institución de Heredero.

El artículo 1378º del Código Civil sanciona un principio diverso al romanista al establecer que el testamento otorgado legalmente, será válido aunque no tenga institución de heredero y aunque el nombrado, no acepte la herencia o sea incapáz de heredar. En los tres casos señalados (art 1379º), se cumplirán las demás disposiciones testamentarias.

Para que un testamento fuera válido, debían reunirse varios requisitos, lo forma necesitaba ser correcta; el contenido tenía que responder a ciertas normas, y también era necesario que fueran capaces; el testador de hacer testamento, el

heredero de recibir la herencia, el legatario de recibir un legado, y los testigos de fungir como tales.

Si no todo mundo podía hacer un testamento romano. Tampoco se admitió, que cualquiera pudiera recibir mediante él.

En el latín bárbaro del bajo imperio, se ha llegado a designar esta capacidad de recibir por testamento, con la expresión de *testamenti factio passiva*, carecían de ésta capacidad:

1.- Los peregrinos *sin ius commercii*. En cambio en el derecho moderno, concede la *testamenti factio passiva* a los extranjeros, siempre que haya reciprocidad internacional (artículo 1328^O del C.C.)

2.- Los latino junianos.

3.- Los *dedicticios*.

4.- Las mujeres, siempre que la herencia pasara de cien mil sestecios, esto era una disposición de la *Lex Volonia* de 169 A.C. En la que influyó el malhumorado censor Catón, enemigo del lujo, que ostentaban muy frecuentemente, las matronas romanas como buen conservador, rehusando admitir que el *status quo*, es siempre el más ilusorio de todos los objetivos, Catón, combatía la incipiente emancipación de la mujer romana de su época pero no supo, contrarrestarla definitivamente, como resulta de las posteriores sátiras de Juvenal y de todas aquellas brillantes mujeres, que imprimen su sello a los primeros siglos imperiales, desde Livia hasta Julio Domina.

5.- Personas inciertas, de las que el testador no pudo formarse una idea exacta, como hijos póstumos (sólo admitidos en la fase postclásica). Los herederos designados por la casualidad o por un tercero como puede ser "El que vaya primero tras mi ataúd" el que sea designado por el Cónsul etc.

6.- Personas Jurídicas (esta prohibición desapareció en varias etapas). Marco Aurelio la suprimió para sociedades, y León para municipios, al ser admitido el cristianismo a la vida pública en tiempos de Constantino y aceptada como religión oficial y única poco después se suprimió ésta incapacidad para conventos o la iglesia.

7.- Personas excluidas en virtud de las leyes caducarias, por no haberse casado (célibes) o por no tener hijos (orbi).

8.- Personas castigadas por herejía o apostasía.

9.- Los que en el momento de la apertura del testamento ya no vivían, Justiniano permitió, que el privilegio de heredar al heredero, se generalizara en favor de todos los herederos de un heredero difunto.

En el Derecho Moderno, rechaza tales transmisiones del derecho de heredar, siempre que el testador no instituya en forma expresa "Herederos Sustitutos", a los herederos del heredero.

En cuanto a los esclavos, si era instituido como heredero un esclavo propio del testador, quedaba sobreentendido, que se le manumitía por testamento; Si el heredero era un esclavo ajeno, su dueño debía dar su consentimiento, para recibir la herencia; en cuyo caso, ésta era adquirida por el dueño del esclavo-heredero, se recurría a éste procedimiento, con objeto de que el dueño del esclavo, pudiera vender más fácilmente el derecho a la herencia, vendiendo simplemente al esclavo.

La *testamenti factio passiva*, debía existir en el momento de hacerse el testamento, en el momento de ofrecerse la sucesión al heredero, (*delatio*) en el momento en que éste aceptara (*aditio*).

Las incapacidades temporales, como la suspensión de la ciudadanía por algunos años, que ocurran entre estos tres momentos, no perjudicaban al heredero; *Media Tempora Non Nocent*, en el derecho moderno, se contenta a exigir la *testamenti factio passiva*, en el momento de la muerte del *de-cujus*.

Algunas personas, tenían capacidad para recibir herencias y legados, pero el fisco les "arrancaba" inmediatamente el beneficio, en caso de que su conducta les hubiera hecho ser indignos, esta *ereptio*, procedía con los asesinos del testador, los que escondían o impugnaban injustamente el testamento, los que habían hecho contratos sobre la herencia futura, la lista de los indignos en el Derecho Romano, sobrevive a grosso modo en el artículo 1316º del C.C. pero el derecho moderno, ha equiparado esta indignidad, a la incapacidad en

general, de modo que ya no se aprovecha el fisco, sino los herederos sustitutos o los herederos legítimos, aunque éstos, sean descendientes del indigno.

En cuanto a los legatarios, debían tener la *testamenti factio passiva*, en el momento de hacerse el testamento, (regula *catoniana*= "un legado que hubiere resultado ineficaz, por haber muerto el testador, en el momento de terminar el testamento, será siempre ineficaz) y en el *dies cedens*, en cuanto al *dies veniens*, el heredero del legatario podía reclamar el legado, siempre que el mismo gozase de la *testamenti factio passiva*. Tratándose de los testigos, era suficiente que fueran capaces en el momento de la confección del testamento.

El *heres sius*, el *heres necessarius* y, después de la *aditio*, el *heres extraneus*, entraban en la situación jurídica del difunto, recibiendo la sucesión a título universal, como un conjunto de bienes, créditos y deudas, pero no correspondía exactamente a la situación del *de-cujus*, pues tenía algunas diferencias:

1.- El heredero no continuaba la tutela que desempeñaba el difunto, no ejercía la patria potestad que poseyera el difunto, no se convertiría en marido de la viuda, es decir facultades que tuviera el *de-cujus*, con fundamento en el derecho de personas.

2.- Diversos derechos reales se extinguían, como el usufructo, el uso y la habitación.

3.- También se extinguían diversas relaciones contractuales, como el mandato, la sociedad, el contrato de hospedaje; también la posición jurídica del obrero, terminaba con su muerte, y en el caso de arrendamiento, aunque no terminaba automáticamente el contrato, podía prever como ejemplo; la extinción de los derechos y deberes del arrendatario, por la muerte de éste.

4.- También se extinguían algunas facultades procesales. (la facultad de denunciar el delito de difamación o de presentar algunas otras denuncias, vindictam spirantes, orientadas a la venganza o basadas en lesiones del amor propio).

5.- En algunas ocasiones, el heredero recibía una mejor posición de la que había tenido el de-cujus, por ejemplo; las acciones por multas privadas que amenazaban a éste, no podían ejercerse contra aquel.

6.- Por "confusión", se extinguían los créditos del de-cujus contra el heredero, o las deudas del mismo, para con el heredero.

7.- También por legados, manumisiones, fideicomisos e impuestos, sobre herencias, el heredero, recibía menos de lo que correspondía al patrimonio del de-cujus. Para la liquidación de las deudas de la herencia, (deudas del heredero después de la aceptación de ésta) los acreedores del de-cujus, tenían preferencia sobre los legatarios, ésta solución era justa, pues aquellos buscaban evitar una pérdida, mientras que éstos, querían obtener un beneficio. Para reclamar sus derechos, el heredero disponía de la reivindicatio, cuando

trataba de obtener la posesión de bienes individuales, sobre los que el difunto hubiere tenido la propiedad quiritaria.

También podía ejercitar la *actio publicana*, la *confessoria* o la *negatoria*. Pero para reclamar, de la persona que pretendiera injustamente ser el titular de la herencia como totalidad, el auténtico heredero, podía ejercitar la *petitio hereditatis*.

Y si se trataba, no de la del *ius civile*, sino de la *bonorum possessio* del Derecho Honorario, entonces procedía a favor del heredero pretorio, el *interdictum quorum bonorum*.

Tratándose de la reclamación de la herencia, se admitía que *pretium succedit in locum rei*, es decir, el precio ocupa la situación jurídica, que tuvo el objeto vendido; en vez de los objetos de la herencia, vendidos entre tanto, el verdadero heredero podía pedir del seudo heredero, el precio obtenido por ellos.

En caso de pleitos sobre una herencia, en los que uno de los interesados fuera un hijo menor del *de-cujus*, se le concedía la *possessio carboniana* (no *ad usucapionem*), suspendiéndose el pleito, hasta que el hijo llegaba a la mayoría de edad.

Si una herencia, se transmitía a un heredero sobrecargado de deudas, los acreedores podían pedir la *separatio bonorum*, para que el activo del

patrimonio el difunto, no fuese absorbido por las deudas del heredero, era posible la institución de varios herederos, sucesiva o simultáneamente.

Cabeza y fundamento del testamento, *Capt et Fundamentum Testamenti*, consideraron los romanos la institución del heredero. En efecto, elemento esencial del testamento a tal grado que la nulidad de éste o su caducidad, traía consigo la invalidez de todo el testamento.

Formalidades.- La institución de heredero, debía hacerse al principio del testamento, en forma imperativa en términos sacramentales y en Latín. Este formulismo riguroso, desapareció en el Bajo Imperio, cuando el heredero era único, tenía derecho a toda la sucesión; cuando eran varios, se establecía la parte que les tocaba y cuando no era así, heredaban en partes iguales.

La herencia era una unidad denominada *As*, integrada por doce onzas, para poderse dividir.

Modalidades.- Era válida la institución de heredero, bajo condición suspensiva o con plazo suspensivo incierto, por ejemplo, a la muerte de una persona.

Entre tanto, la condición suspensiva, o en plazo suspensivo incierto no se cumplía, la herencia se consideraba yacente, sin embargo, el pretor otorgaba a los herederos instituidos, la *bonorum possessio sine re*.

No eran válidos: La condición resolutoria ni el plazo extintivo, porque la condición de heredero ya instituido, era irrevocable; Semel Heres, Semper Heres, tampoco lo eran el plazo suspensivo cierto, la condición imposible y la ilícita; estas últimas, se tenían por no escritas y la institución de heredero, era válida como pura y simple.

Institución de un Esclavo.- Había dos hipótesis:

1.- El testador, podía instituir heredero a su propio esclavo, manumitiéndolo.

En el D. de Justiniano, se sobreentendía la manumisión del heredero instituido, aún cuando no se hubiere hecho. Por regla general, se instituía al propio esclavo, quien era un heredero necesario, que no podía repudiar la herencia, cuando se dejaba una sucesión, gravada con deudas, que superaban al activo y que una persona libre no hubiera aceptado.

2.- El testador, podía instituir a un esclavo ajeno, a condición de que su dueño tuviera la *testamenti factio passiva*, puesto que él, era el verdadero beneficiario.

Sustituciones.- Puede el testador sustituir una o más personas al heredero (art 1472º del Código Civil) los substitutos, pueden ser nombrados conjunta o sucesivamente, (art 1474º C.C.) Quedan prohibidas las Sustituciones fideicomisarias.(art 1473º)

La sustitución, era una institución del derecho sucesoral, en virtud de la cual, el testador designaba heredero substituto o bien el pater-familias, nombraba

heredero de su hijo impúber o el ascendiente del loco, para los casos de que el impúber y el loco muriesen en estado de impubertad o de locura.

Consecuentemente, existían tres tipos de sustituciones: vulgar, pupilar y ejemplar.

Sustitución Vulgar.-

Era una institución subsidiaria, hecha para el caso de que la institución resultara ineficaz por cualquier motivo. Ejemplo: "Si Ticio no es mi heredero, que lo sustituya Mevio", éste tipo, presentaba una modalidad en la sustitución recíproca o mutua, en la que los herederos, se sustituyen unos a otros.

Sustitución Pupilar.-

Era la hecha por el pater-familias en su testamento, por cuenta de su hijo, para el caso de que el hijo, muriese después que el testador, siendo aún impúber y sin poder testar todavía. El padre para hacer la sustitución pupilar, debe formular su propio testamento; la ley admite una excepción en materia castrense, en la que el militar, podía hacerlo sin antes formular el suyo, es lo que conocemos como sustitución militar.

Sustitución Ejemplar.-

También llamada cuasi-pupilar, por su similitud, era la que hacía un ascendiente para su hijo, aún púber, afectado de enajenación mental. Para designar al sustituto, debía verse los hijos y hermanos del demente.

Capacidad Testamentaria.

1) Capacidad de otorgar testamento.

Testamenti factio activa

Capacidad de ser instituido en heredero o legatario.

Testamenti factio pasiva.

Conforme a lo que dispone el artículo 1305º del C.Civil, pueden testar todos aquellos, a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de este derecho. Están incapacitados; a) los menores que no han cumplido 16 años. b) los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio (art 1306º del C.C.)¹⁹

Testamenti Factio Activa.

¹⁹ Margadant S. Guillermo F. "Derecho Romano." Editorial Esfinge. México 1985. Op. Cit. Pag 471

Por regla general, todos los ciudadanos romanos y aquellas otras personas, en posesión del *ius commercii*, titulares de un patrimonio, tenían capacidad para elaborar un testamento.²⁰

No tenían la *Testamenti factio activa*;

1).- los esclavos, que en un principio estuvieron asimilados a las cosas. Sin embargo, el Derecho Romano estableció un caso de excepción, por cuanto permitía a los esclavos públicos, disponer testamentariamente de la mitad de su peculio.

2).- Quienes no tenían el *ius commercii*, entre otros los peregrinos, latinos, *dedicticios*, etc.

3).- Las personas *alieni iuris*, aún cuando los *filii-familias*, podía disponer mediante disposición testamentaria, de su peculio *castrense* y *cuasi castrense*.

4).- Aquellas personas que, conforme a las reglas generales de la capacidad, no tenían la capacidad de ejercicio, como los *impúberes sui iuris*, los locos, salvo los que tenían intervalos de lucidez, los *pródigos* y hasta el Emperador Adriano; las mujeres.

Incapacidades de tipo singular, eran las que tenían los *intestábiles*, en el D. Antiguo.

²⁰ *Idem*. Pag 473.

Y los heréticos y apóstatas, ya bajo la influencia de la doctrina Cristiana.

También los condenados a muerte, los condenados por libelos Infamatorios y a quienes se hubiesen unido incestuosamente.

Los sordos, mudos y ciegos, tenían formas especiales de testar en el D, Justiniano.

Testamenti Factio Passiva.

Según el artículo 1313º del C.C. todos los habitantes del D.F. y territorios Federales, cualquiera que sea su edad, tienen capacidad para heredar; pero con relación a ciertas personas y a determinados bienes, pueden perderla por alguno de los siguientes motivos:

a) Por falta de personalidad, b) comisión de un delito, c) presunción de influencia contraria a la voluntad del testador, d) falta de reciprocidad internacional, e) utilidad pública y f) renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento.

Como principio general, podemos afirmar que todas las personas, en plenitud de su capacidad de goce y ejercicio, tenían la testamenti factio passiva.

De acuerdo con las excepciones establecidas por la legislación romana, carecían de la capacidad para ser instituidos herederos y legatarios:

- 1).- los esclavos, aunque eran manumitidos y así adquirirán la capacidad, si era ajeno el dueño, adquiría la herencia.
- 2).- Quienes no tenían el ius commercii.

- 3).- Las mujeres que tuvieran más de cien mil ases,
- 4).- Las personas inciertas.
- 5).- Apóstatas.

El instituido heredero, debía tener la capacidad en el tiempo, de la confección del testador, y a la muerte de éste.

Libertad de Testar, - En la antigüedad, se necesitaba de la adhesión del pueblo, fue en las XII tablas, donde se da plena libertad de testar, aunque posteriormente se dieron ciertas limitaciones, como la querella inoficiosa testamenti y la teoría de la desheredación.

Teoría de la Desheredación - El pater-familias, debía de instituirlo expresamente en su testamento.

D, Antiguo, aquí se deshereditaba a los herederos sui, que a la muerte del pater-familias, se convertían en sui juris, la omisión de un hijo, daba la nulidad de pleno derecho al testamento,

*NOTA:

Las principales acciones a las que los problemas sucesorios podían dar lugar són:

1.- La Reivindicatio. - En caso de incumplimiento en relación con un legado per vindicationem; además el heredero, encontrando por ciertos elementos de la herencia, se encontraba en manos ajenas, podía recurrir a esta acción, en éste caso, también podía ser útil, en algunos casos, la actio publicana o inclusive un interdictio recuperatorio.

2.- La *Actio Ex Testamento*, acción personal, que el legatario podía dirigir contra el heredero, en caso de incumplimiento, relacionado con un legado *per damnationem*.

3.- La *Petitio Hereditatis*, por la cual el heredero quintario, reclamaba la herencia en su totalidad, de cualquier otra persona, que estuviera en posesión de ella, (para recuperar algún bien determinado de la herencia, en cambio, el heredero debía servirse de la acción reivindicatoria o de la acción publiciana).

4.- La *Querela Inofficiosi Testamenti*, acción creada por los tribunales de los *centumviri*, y por la cual los ascendientes, descendientes y en determinadas circunstancias, los hermanos del difunto, que no hubieran recibido por vía legítima, podían reclamar la anulación del testamento, recibiendo entonces su porción de la herencia, de acuerdo con la vía legítima.

5.- La *Actio Ad Supplendam Legitiman*, que desde el siglo IV procedía, para obligar al heredero testamentario, que hubiera recibido más de su porción legítima, a completar la porción del heredero, que hubiere recibido menos. Esta nueva acción es personal.

II.1.4. Legados.

Legado,- Del latín *Legatus*. Manda que en su testamento o codicilo, hace un testador a una o varias personas naturales o jurídicas. Por extensión lo que se deja o transmite a los sucesores, sea cosa material o inmaterial.

La noción del legado, ofrece jurídicamente gran complejidad, reflejada en las diferentes definiciones, desde la clásica de Justiniano, que han pretendido dar idea de su contenido. Valverde dice que es: "Disposición testamentaria por la que el testador, manda una cosa o porción de bienes a título singular, a persona o personas determinadas".

Otros autores, prefieren ofrecer una definición negativa, y así Barassi, dice que es "Toda disposición testamentaria; que no sea institución de heredero".

El Derecho Romano distinguió dos clases de legados, el propiamente dicho, que era una disposición en términos imperativos, dirigida al propio legatario o heredero, y el fideicomiso singular, que era otra cualquiera disposición que el difunto confiaba a la buena fe, de su sucesor o de otra persona.

En el Derecho Español, las partidas, reglamentaron los legados siguiendo la norma romana, y en general los códigos modernos, aunque concediendo menos extensión a la materia, han seguido el mismo modelo.

Todo legado, requiere necesariamente tres personas:

El que lo ordena (testador), el que lo recibe (legatario), y el que lo debe prestar (gravado); puede ordenarlo, todo aquel que tenga capacidad para testar, y recibirlo toda persona apta para recibir por testamento. Pueden ser gravados no sólo los herederos, sino también los propios legatarios.

Són objeto de legados todas las cosas, presentes o futuras, propias del testador o ajenas siempre que sean posibles, determinadas y susceptibles de transmisión; la facultad de legar, está limitada en el régimen de legítimas, de forma que el testador, sólo puede imponer legados, sobre la parte de libre disposición; el tercio de mejora, admite legados, siempre que los legatarios, sean hijos o descendientes, los legados pueden ser: De especie, de género, de

cantidad, alternativos, de crédito, de deuda, de alimentos, puros, condicionales, a término, modales, etc.

El legatario puede o no, aceptar el legado.

Legatum est donatio quaedam a defuncto relicta: "Legado es una especie de donación, dejada por un difunto".

Florentino dice: Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret alicui quid collatum velit, "Legado, es una disgresión de la herencia por la cual quiere el testador, que el heredero universal, entregue de sus bienes algo a otro.

Modestino dice: Legatum est donatio quaedam testamento relicta. "Legado es cierta donación, dejada en testamento".

El legado es un acto mortis causa, manifestación última voluntad, unilateral, revocable e imperativo.

El legado, es una liberalidad a título particular, hecha por el "de-cujus" en su testamento o en un codicilo²¹ que deja imperativamente a cargo del heredero.

²¹ Documento firmado por el de-cujus y cinco testigos. (En tiempos del Bajo Imperio)

No reunía los requisitos necesarios para ser un verdadero testamento, pero tenía efectos post mortem:

Codicilo: 1) El codicilo nunca podía instituir un heredero, o desheredar a alguien.

2) el codicilo referente a un testamento válido, podía contener legados, fideicomisos, nombramientos de tutores, o curadores y manumisiones (codicilo-confirmado)

Elementos personales del legado.- tres són los sujetos que intervienen en el legado:

- a) El constituyente, es decir, la persona que establece el Legado, siendo normalmente el autor testamentario, cuando se otorgue en testamento.
- b) El sujeto gravado, que por regla general, es el heredero.
- c) El legatario, que es el beneficiario de la liberalidad, aunque en época de Justiniano se pudo gravar a los propios legatarios.

Formas del Legado.

El régimen jurídico estuvo regulado por diversos sistemas.

D. Antiguo, hubo cuatro tipos:

1.- Legado Per Vindicationem.

Que era aquél por el que el testador, transfería directamente al legatario, la propiedad de la cosa o un derecho real. Por este legado, no se podían legar las

3) El codicilo, que no guardara relación alguna con un testamento válido, no podía contener más que fideicomisos.

Dos eran los elementos constitutivos y formales.

- a) Debía hacerse en un testamento: posteriormente, en la época de Justiniano, se admitía que pudiese otorgarse, en codicilo debidamente confirmado.
- b) Era una carga impuesta al heredero instituido; debiendo en consecuencia, ir después de la institución del heredero.

1.- Legado Per Vindicationem.

Que era aquél por el que el testador, transfería directamente al legatario, la propiedad de la cosa o un derecho real. Por este legado, no se podían legar las cosas, de que el "de-cujus" nada mas tuviese la propiedad bonitaria, ni las cosas del heredero, ni una ajena. Este legado, otorgaba al legatario un derecho real. Su fórmula era: do, logo, (doy y lego), aunque también se usaba sumito, tibi habeto, capito, (escoge, ten para ti, toma).

Respecto al momento preciso de adquisición de éste legado, se presenta una controversia, en la época clásica, según los Proculeyanos, la adquisición tenía lugar después de la aceptación, por su parte los Sabinianos, sustentaron la tesis de que si el legado, era puro y simple se adquiría desde el día de la adición hereditaria, sin que el legatario tuviese necesidad de aceptar. Este último criterio fue el aceptado por Justiniano.

Si el legado era condicional, el legatario lo adquiría al realizarse la condición, haciéndose propietario de pleno derecho, a menos que repudiase el Legado. Entre tanto la cosa no era adquirida por el legatario, después de la muerte del testador. Los Proculeyanos la consideraban res nullius, para los Sabinianos pertenecía al heredero.

2.- Legado Per Praeceptionem.

Que era aquél por el que el testador, autorizaba a uno de sus herederos para tomar, antes de la partición, un bien determinado de la sucesión.

Por medio de éste legado, se podía disponer de una cosa que tuviera el autor de la sucesión, en propiedad bonitaria. Este legado, confería al legatario un derecho real, su fórmula era: Praecipito.

3.- Legado Per Damnationem.

Que era aquél en virtud del cual, el testador dejaba a cargo del heredero instituido, la obligación de otorgar al legatario, determinada prestación.

Este legado, confería un derecho de crédito al legatario contra el heredero, gravado con el legado, sancionado por la Actio ex testamento.

Era un legado de amplios alcances, porque a través de él, se podía disponer aún de cosas ajenas y futuras, la fórmula era: Heres meus damnas est dare, dato facito, o Heredem meum dare jubeo"

4.- Legado Sinendi Modo.

Que era aquél en virtud del cual, el testador ordenaba al heredero, que dejara que el legatario, tomara determinada cosa del patrimonio hereditario.

Este legado, confería al legatario un derecho de crédito, sancionado por la actio ex testamento. Por medio de éste legado, sólo se podían legar, cosas del autor del testamento o de su heredero, la fórmula era: Heres meus damnas esto sinere sumere sibi que habere.

De la Formula.- En el antiguo derecho, para otorgar un legado se requerían términos solemnes y palabras de mando, esto es, imperativas. Era la rigurosa

fórmula, la que venía a determinar el tipo de legado, y la naturaleza del derecho conferido al legatario.

El otorgante de un legado, debía usar la fórmula apropiada en cada caso particular, so pena de la nulidad, cuando equivocaba las palabras sacramentales. El senado consulto Neroniano del año 64 D de C. viene a atenuar los rigores de la fórmula.

Senado Consulto Neroniano.

Este Senado consulto determinó, que los legados nulos, en razón de la forma empleada, fueran válidos como legados Per Damnationem.

El citado Senado consulto, no abolió las fórmulas del antiguo derecho, únicamente atenúa, los efectos de invalidez, cuando se usa una impropia, declarando el legado válido, en todo caso, como legado Per Damnationem, que era el de más amplios alcances.

Supresión de las Fórmulas.- En el año 339 de nuestra era, las clásicas fórmulas de los legados, son suprimidas por una constitución imperial, expedida por los hijos de Constantino, la cual dispuso que no era necesario emplear en los testamentos, fórmulas solemnes o sacramentales. La misma solución operó para los legados apartir de ésta importantísima modificación, las fórmulas empleadas en los legados, no fueron útiles para determinar su naturaleza y alcances, hubo necesidad de interpretar la intención del otorgante.

Reformas de Justiniano.- Justiniano en sus institutas, determinó que todos los legados debían tener la misma naturaleza, cualquiera que fuere la fórmula utilizada para establecerlo; y que el legatario podía disponer de éstas tres acciones.

1) Acción Real.- La reivindicatio, acción de naturaleza real, cuando la cosa legada era propiedad del testador.

2) Acción Personal.- La actio ex testamento, que era una acción personal contra el heredero, gravado con el legado.

3) Acción Hipotecaria.- Una acción hipotecaria, para garantizar el cumplimiento el legado, como garantía antes de Justiniano, el legatario sólo podía obtener la Cautio Legatorum de naturaleza personal.

-Ius Adcrendi.- Entre colegatarios, como entre los coherederos, condición del Ius Adcrendi, es el derecho de varios sujetos, a la totalidad de un mismo objeto; sólo que entre coherederos, el derecho de acrecer constituye la regla, porque el heredero por disposición de la ley, tiene derecho a la sucesión entera; mientras que para los colegatarios es la excepción, porque su derecho a la totalidad de un mismo objeto se finca en la voluntad del otorgante.

Las reglas relativas al acrecimiento entre colegatarios, sufrieron modificaciones en diferentes períodos:

a) Derecho Antiguo.- En éste lapso el acrecimiento operaba en los legados Per Vindicationem y Per Praeceptinam, en los que había transferencia de propiedad del objeto legado y consiguientemente, daba lugar al condominio,

cuando el mismo objeto era legado a varias personas. El legado podía hacerse Conjunctim o Disjunctim, es decir en la misma frase o en frases diversas respectivamente.

El acrecimiento de estos casos es forzoso, y opera de pleno derecho.

En los legados Per Damnationem y Sinendi Modo, no hay acrecimiento, porque solo otorgan una acción personal en favor del Legatario.

Leyes Caducarias.- Conforme a las leyes Julia y Papia Poppaea, las partes caducas de los célibes y los orbi, beneficiaban a los herederos o legatarios, Padres, esto es, con hijos, y en última instancia al Aerarium.

Derecho de Justiniano.—El Emperador Justiniano, asimiló los legados y fideicomisos, y redujo a aquellos a un solo tipo. Determinó que el acrecimiento tenía lugar, cuando una misma cosa, es legada a varios sujetos Conjunctim o Disjunctim. Se aplicaban en todos los casos, las reglas del legado Per Vindicationem del Derecho Antiguo.

El fideicomiso universal, tenía una gran ventaja en comparación con el legado universal; aquél podía transmitirse a título universal, éste nunca. El fideicomiso particular, se parecía más al legado particular, aunque hubo diferencias. El fideicomiso, gozaba de libertad de forma, mientras que el legado debía constar en un testamento.

Por otra parte, el fideicomiso podía establecerse a cargo de un legado, o de otro fideicomisario; en cambio el legado no. Además, el cumplimiento del fideicomiso, se reclamaba de acuerdo con un procedimiento especial y moderno, la llamada *cognitio extra ordinem*, mientras que el cumplimiento del legado, debía reclamarse, mientras existía el sistema formulario, utilizando este procedimiento, con su división del proceso en dos fases:

Primero, ante un magistrado-*in iure*- y luego, ante un juez-*in iudicio*- finalmente, hasta la época de Justiniano, podía entregarse una ventaja sucesoria mediante fideicomiso, a alguna persona que no tenía capacidad para recibir por legado, La diferencia procesal entre ambas figuras desapareció, cuando hacia la época de Diocleciano, el sistema formulario cedió su lugar, al procedimiento extraordinario, la *cognitio extraordinem*.

Justiniano, tan aficionado a la unificación, declaró finalmente que equiparaba el fideicomiso particular al legado, sin embargo, ésta afirmación era demasiado categórica, aún bajo Justiniano, el fideicomiso continuó gozando de ciertas ventajas formales, no otorgadas al legado, por ejemplo, el legado necesitaba un testamento como base, o un codicilo confirmado, mientras que el fideicomiso podía constar en un codicilo sin confirmar.

El heredero podía ser designado por testamento, o por las normas que señalaba la vía legítima; en cambio el legatario, sólo podía ser designado por testamento.

Se trataba de una persona, que recibía una liberalidad por testamento, que le es transmitido a título particular, el legatario, debía gozar de la *testamenti factio passiva*. Una ventaja del legado, es que su cuantía, podía fijarse de antemano; en caso de duda, en un conflicto de intereses entre un legatario y un heredero. El derecho romano se inclina generalmente a favor del legatario. Cuatro formas de legados se distinguían:

1.- El legado *Per Vindicationem*.- En éste caso, el testador concedía directamente al legatario, la propiedad *quiritaria* sobre determinado bien, con tal que reuniera éstas condiciones a) que perteneciera al testador, al momento de hacer su testamento, b) que perteneciera además al testador, en el momento de abrirse la sucesión, c) que el testador tuviera sobre él, la propiedad *quiritaria* en éstos momentos.

2.- El legado *Per Damnationem*.- Podía referirse a objetos que nunca estuvieron en el patrimonio del testador, o sobre los cuales el testador, tuviera sólo la propiedad *bonitaria*, y era labor del heredero, buscar el objeto y dárselo al legatario. Para reclamar sus derechos, disponía sólo de una *actio ex testamento* de carácter personal. La negativa por parte del heredero, a cumplir voluntariamente con éste legado, se castigaba mediante una condena por el doble. (duplicación por *enfiteutia*) La fórmula de este legado era: *heres meus damnas esto dare...*"mi heredero está obligado a dar al legatario, el siguiente objeto...

3.- El legado Per Praeceptionem.- Se parecía al vindicatorio, pero era a la vez, más amplio y más restringido.

Decimos que más amplio, porque podía tener por objeto un bien sobre el que el testador, no tuviera mas que la propiedad bonitaria.

Mas restringido, porque el legatario debía pertenecer al grupo de los herederos, antes (prae).

De la división de la herencia, el legatario tenía el derecho de tomar (capere) determinado objeto perteneciente a la sucesión, dicho derecho estaba amparado por una acción real.

La fórmula de este legado era, servius praecipitio. "servio debe tomar, antes de la división de la herencia entre los coherederos, el siguiente objeto"...

4.- El legado Sienendi Modo.- Se parecía al legado anterior, su objeto se limitaba a los bienes pertenecientes a la sucesión o al heredero, su fórmula era: "heres meus damnas esto sinere".. "mi heredero está obligado a permitir, que el legatario, tome el siguiente objeto"²²

Justiniano el unificador, trató todos los legados de la misma manera, y concedió a los legatarios una acción real para reclamar el objeto, si éste se encontraba entre los bienes de la sucesión, una acción personal contra el heredero, una acción hipotecaria, respecto de los bienes que tuviera el heredero en el momento de recibir la herencia.

²² Lemus García, Raúl. "Derecho Romano." Editorial Porrúa, S.A. México 1983. Pag 79.

Objeto.- Podía ser un bien tangible, específico o genérico, un bien inmaterial como un crédito, el legado podía también consistir en el perdón de deudas contraídas, por el legatario con el testador, o en una prórroga del plazo para pagar tales deudas.

También tenía por objeto, liberar al legatario de deudas contraídas con terceros, en cuyo caso el heredero, al aceptar la herencia, tenía el deber de liquidar éstas deudas, en beneficio del legatario. Inclusive podía figurar como legado, una disminución de plazo, en los préstamos en que el testador, tuviera el papel de deudor; o una ampliación de plazo, si fuera acreedor.

Otra clase de bienes inmateriales que con frecuencia eran objeto de los legados, son: lura in re aliena; usufructo, derecho de habitación, derecho de uso, servidumbres reales; o la renuncia a un ius in re aliena por parte del testador. El objeto del legado podía consistir también en una parte de la herencia, por ejemplo la mitad.²³

La diferencia entre el heredero y el legatario, se manifiesta en el modo de transmisión; el heredero era el continuador de la personalidad del difunto, mientras que el legatario, no era mas que un continuador parcial, de su situación patrimonial.

Leyes.- Desde que el espíritu materialista invadió Roma, después de las guerras púnicas, el resultado de esta tendencia, fue que los herederos

²³ Idem. Pag 80.

rechazarán las herencias (y contrariamente a lo que sucede en el derecho moderno), por su repudiación todo el testamento perdía su vigor. De manera que los legatarios, no recibían nada y la sucesión se repartía en vía legítima, así que para evitar esto, intervino el legislador con la Lex Furia Testamentaria.

En ella se disponía que ningún legado, podía exceder de mil ases, pero siguieron las repudiaciones, así que vuelve a intervenir el legislador en 169 A de J.C. con la Lex Vocania; disponía que ningún legado, podía tener un valor superior a lo que recibía el heredero.

Luego vino la Lex Falcidia de 404 D. de J.C., decretando que el heredero, no podía ser constreñido a entregar legados, por más del setenta y cinco por ciento del valor neto de la herencia, aunque aquí, apareció la figura del fideicomiso, por medio de la cual el heredero, tenía que dar el ciento por ciento de la herencia a terceros, hasta que se impuso el principio de la falcidia, también a el fideicomiso.²⁴

En relación con la adquisición de los legados, encontramos la regla catoniana, en la cual, el legatario recibía un activo, sin pasivo, y como a nadie se puede hacer un beneficio contra su voluntad, el legatario conservaba su libertad de repudiar.

El legatario adquiría su legado en dos etapas; la adquisición se inicia el dies cedens, para perfeccionarse el dies veniens. En el dies cedens, el legatario

²⁴ Idem. Pag 83.

recibía la esperanza del legado, transmisible a sus herederos. El dies veniens, esta expectativa transmisible, se convertía en un derecho reclamable.

El dies cedens era, en caso de un legado puro y simple, y en caso de un legado a término, el momento de la muerte del testador. (desde la legislación caducaría, se tomó como dies cedens, el día de la apertura del testamento, pero en el Derecho Justiniano, se colocó de nuevo el dies cedens en el día de la muerte del testador).

El dies veniens era, en caso de un legado puro y simple, el momento en que el heredero hiciera la aditio; así desde el dies cedens, el heredero, sabía que tendría que entregar el legado a los herederos del legatario. Si éste moría antes del dies veniens; el dies cedens, tenía otras funciones, el valor exacto del legado, era el valor que éste tenía en el dies cedens, y el legatario debía tener la testamenti factio passiva, en el momento de hacerse el testamento (regula catoniana) y en el momento del dies cedens; como en el Derecho Moderno, la exigibilidad de los legados, no depende de la aceptación de la herencia, por el heredero, no necesitamos el complicado dies cedens y dies veniens,

Sólo para la determinación del legado, en cuanto se refiere a su valor, sobrevive el dies cedens, considerándose como tal, el día de la muerte del testador (artículo 1395° del C. C.)

Ahora presentamos algunas definiciones de legado:

-Disposición mortis causa a título singular, el legado puede consistir en la prestación de la cosa, o en la de algún servicio. (art 1392° C.C.D,F,)

Legado Alternativo.- Es el que tiene por objeto dos o mas cosas entre las cuales, cabe escoger; en esta clase de legado, la elección corresponde al heredero si el testador no la concede expresamente al legatario. (art 421°).

Legado Causal.- Es cuando el testador, expresa el motivo o razón que existe para hacerlo.

Legado de Cosa Ajena.- Es aquel que tiene por objeto, una cosa que no pertenece al testador, el legado de cosa ajena, si el testador sabía que lo era, es válido y el heredero está obligado a adquirirla, para entregarla al legatario o dar a éste su precio.

La prueba de que el testador, sabía que la cosa legada era ajena, corresponde al legatario.

Si el testador ignoraba que era ajena, es nulo el legado.

Es válido el legado si el testador, después de otorgado el testamento, adquiere la cosa que al otorgarlo, no era suya. (art's 1432° a 1435°)

Legado (art's 1392° a 1397°) El legado puede consistir, en la prestación de la cosa, o en la de algún hecho o servicio; no produce efecto el legado, si por acto del testador pierde la cosa legada, la forma y denominación que la determinaban. El testador puede gravar con legados, no solo a los herederos,

sino a los mismos legatarios; la cosa legada, deberá de ser entregada con todos sus accesorios y en el estado en que se halle al morir el testador, los gastos necesarios para la entrega de la cosa legada, serán a cargo del legatario, salvo disposición del testador en contrario; el legatario no puede repudiar una parte del legado y aceptar otra.

II.II. DERECHO COLONIAL.

Muy poco interés ha mostrado la doctrina, con respecto a las sucesiones durante la dominación española, por lo que es realmente poco, lo que se puede hablar al respecto.

No es, sino hasta el año de 1536, en que se puede ver un interés mayor en esta materia, y lo que da origen a esa mayor atención al respecto, son los problemas jurídicos que se suscitaron, al concederse por mas de una vida, las encomiendas.

En relación con la transmisión de las encomiendas por vía sucesoria, encontramos su nacimiento en la Real Provisión de 1536: Estableció, que a la muerte de un encomendero, que estuviera gozando de su encomienda en primera vida, se había de hacer merced, de esa encomienda, al mayor de sus hijos legítimos, con cargo que hasta tanto que sea de edad para tomar las armas, tenga un escudero, que nos sirva en las guerras con la costa que su padre sería y era obligado; y si el tal casado no tuviere hijo de legítimo matrimonio nacido, encomendareis los dichos yndios, a su mujer viuda, y si,

ésta se casare y su segundo marido tuviere otros yndios, dareisle uno de los dichos repartimientos que quisiere, si no los tuviere, encomendaréisle que así la mujer viuda tuviere.²⁵

De la lectura de esta real provisión, se desprende que la encomienda continuó siendo una "merced real", y que no era el encomendero quien podía disponer libremente de ella, sino que fue el mismo Rey, quien estableció el orden en que se debía suceder.

Por otra parte surgió la duda, si solamente el mayor de los hijos, y a falta de éste, la mujer del encomendero, podían disponer de la sucesión. Para resolver esto, se dictaron las cédulas de 4 de Marzo y 5 de Abril de 1552: "Cuando falleciere alguno y dejase uno, dos o más hijos o hijas, y el mayor, según la provisión antecedente (se refiere a la de 1536) debiese suceder en los yndios, entrase en religión y o tuviese otro impedimento, debía pasar al segundo, así consiguientemente hasta acabar con los varones; sucediendo lo mismo en las hijas por falta de aquellos, y por la de unos y otras, la mujer."²⁶

En estas provisiones, se modificó en orden en que se debía suceder la encomienda, ya no era el hijo mayor, y después la viuda, sino que ahora los primeros que tenían derecho eran los hijos, en orden de su edad, si ninguno de los varones podía por cualquier causa, entonces se seguía la misma regla para las mujeres hijas, y en último lugar la viuda.

²⁵ Ots y Cadequi, José María. "Historia del Derecho Español en América y del Derecho Indiano." Editorial Biblioteca Jurídica Aguilar. Madrid 1969. Pag's 225 y 226.

²⁶ Idem. Pag 226.

Felipe II, vino a cambiar por segunda vez el orden sucesorio, estableciendo, que si el hijo mayor, tenía descendencia, eran los hijos de éste, los que heredarían la encomienda del abuelo, aun si aquel hubiese fallecido estando todavía vivo éste. Estableciéndose después Jurisprudencia en el Consejo de Indias, en el sentido de que los descendientes del primogénito, tenían más derecho que los demás hijos del comandero.

Había una situación que se podía prestar a engaños, y era que el encomendero estando a punto de morir, contraía matrimonio para poder dejar su encomienda en sucesión. Para evitar esto, en 1575 se dispuso, que para que la mujer tuviera derecho de heredar la encomienda, debían haber estado casados mínimo durante seis meses.

José María Ots y Capdequi, nos dice que para adquirir las encomiendas por sucesión, eran incapaces:

- a) Los hijos ilegítimos, y los naturales.
- b) Los nietos legítimos, hijos de ilegítimos.
- c) Los hijos adoptivos.
- d) Los religiosos y los clérigos.
- e) El que teniendo derecho a suceder, no se encontrara en las Indias, a menos que su ausencia se justificara.
- f) y los que ya fueran dueños de otra encomienda, sin importar bajo que título la hubieran adquirido.

La persona que sucediera al encomendero, tenía la obligación de prestar alimentos a sus hermanos, hermanas y a su madre. Y si eran nietos los que adquirieran la encomienda, entonces era a los tíos, tías y abuela, a quienes debían prestar los alimentos, ya que si tomaba el lugar de su padre en cuanto al disfrute, también debían hacerlo en cuanto a las deudas.

Esta obligación de prestar alimentos cesaba, cuando la viuda contraía nuevas nupcias, cuando los demás hijos del difunto, tuvieran con que vivir decorosamente.

Finalmente si el encomendero moría sin tener hijos y mujer, es decir, sin sucesores, la encomienda regresaba nuevamente a manos del Rey, quien era el legítimo dueño de ella y todo lo que existiere en la Nueva España. Ya que la encomienda no era otra cosa que una merced real, es decir, una concesión otorgada por el monarca a alguna persona.

En cuanto a otras disposiciones que existieron con respecto a las sucesiones, són muy pocas las que podrían ofrecer algún interés, a saber según Ots y Capdequi:

Sólo algunas disposiciones reales encaminadas a corregir los abusos cometidos por algunas autoridades coloniales, en la sucesión de los cacicazgos y contra la libertad de testar de los indios, otras sobre el cumplimiento de las restituciones en conciencia, que al tiempo de su muerte, hicieran a sus indios los encomenderos. Algunas reales cédulas correctoras, de

las extralimitaciones cometidas, por los preladados de Indias, en punto de la libertad testamentaria de sus clérigos y prebendados, así como de los fraudes cometidos por algunos confesores para conseguir que sus fieles, otorgaran testamento en favor de sus deudos, Iglesia o religión. Y por último, ciertas bulas o breves pontificios, con sus correspondientes leyes aclaratorias, puntualizando las facultades dominicales de los obispos, sobre sus bienes patrimoniales y sobre los adquiridos, por razón de sus dignidades eclesiásticas.

27

II.III. LEGISLACION MEXICANA.

II.III.1. Código Civil de 1870.

En nuestro Derecho, el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1870, establece "la legítima"; su exposición de motivos, reconoce como grave y difícil la cuestión relativa al derecho que los hombres tienen, de disponer de sus bienes por testamento y se inclina a la limitación de ese derecho como más natural, justa y conveniente, pues si no hubiera limitación, se daría mil veces el escandaloso espectáculo, de que al paso que los hijos de un individuo, germinan en la miseria, un extraño disfrutara de la fortuna que había adquirido, no por motivos de justicia o equidad, sino por causas tal vez dignas de castigo.

²⁷ Idem. Pag 229.

Los legisladores de 1870 reconocieron sin embargo, que era indispensable introducir importantes innovaciones, considerando que la cuestión principal era la relativa a los hijos ilegítimos, que por las leyes españolas estaban condenados a sufrir la pena de un delito, del que no eran autores.

Y después de examinar los preceptos relativos, de los códigos modernos, se adoptó el plan según el cual los ascendientes, los hijos legítimos, los naturales, y los espurios, tienen el derecho hereditario en partes escrupulosamente calculadas, "con el objeto de que en todo caso, fueran preferidos los hijos legítimos, cuyos derechos són más sagrados, y por lo tanto, más dignos de la vigilancia de la ley".²⁸

En la misma exposición de motivos, se explica como se rechazó la sucesión forzosa del cónyuge supérstite, no obstante que "la mujer debe al marido, no solo la fortuna que disfruta, sino el nombre que la honra, el respeto que la ennoblece, la protección que la ampara y el placer inefable de la maternidad. Así como el marido debe a la mujer, los goces de la vida doméstica, el encanto de su hogar, el alivio en sus dolencias, el consuelo en sus desgracias y los hijos que honran su nombre y perpetúan su memoria".²⁹

Pues no puede negarse, que hay mujeres y maridos que fallando a la fe jurada, no sólo amargan la vida de su consorte, sino que infaman su nombre y roban a la familia los bienes y la felicidad.

²⁸ Tena Ramírez, Felipe. "Leyes Fundamentales de México 1808-1987." Editorial Porrúa, S.A. México 1980. Pag 652.

²⁹ Idem. Pag 656.

Ante ésta alternativa, la comisión legisladora, dejó la decisión a la conciencia del testador, suprimiendo la herencia forzosa del cónyuge supérstite.

Sólo en casos en que no hubiera herederos forzosos, el testador quedaba libre para dejar sus bienes a quien quisiera.

II.III.2. Código Civil de 1884.

En el Código Civil de 1884, se creó el régimen de libre testamentifacción, que subsiste actualmente.

Mateo Alarcón, comentando esa reforma expresa; que la institución de la legítima, fué victoriosamente combatida, como antieconómica y contraria al derecho de propiedad, que como absoluto, debe comprender también la facultad de disponer libremente de los bienes por el testamento, y que además, es atentatoria a la autoridad paterna y un obstáculo para el desarrollo de la cultura y de la industria a gran escala, a causa, de la división de las propiedades, que la legítima, hacía necesaria periódicamente.³⁰

El citado autor observa en su época, que después de 16 años de establecida la libre testamentifacción por el Código Civil de 1884, quedó plenamente comprobado, no sólo la bondad de este sistema, sino el error de quienes afirmaron, que causaría muchos males su aplicación.³¹

³⁰ Idem. Pag 654.

³¹ Idem. Pag 655.

CAPITULO TERCERO

El sistema de la libre testamentación, constituye la base fundamental el derecho sucesorio testamentario, toda vez que permite la disposición de los bienes y derechos de una persona física, para después de su muerte, sin mas limitaciones que, los que la ley establece expresamente, sólo para la protección de los particulares, que pudieran resultar afectados, en perjuicio del interés general.

III. LEGISLACION ACTUAL. CODIGO CIVIL DE 1928.

III.I. Clases de Testamentos.

Testador (del latín testatore).- Persona que hace testamento, el Derecho Romano limitó extraordinariamente la capacidad para testar (testamentación activa), y así, no solo estaban privados de ella: los que no podían prestar el consentimiento (locos, impúberes, pródigos), sino además todos aquellos, a quienes la ley romana consideraba incapaces de poseer un patrimonio (esclavos, peregrinos que carecían del commercium y personas in patria potestae).

Aún que ésta doctrina, fue atenuada con la introducción de los peculios. El Derecho moderno, a ensanchado mucho el ámbito de la testamentación, y únicamente la restringe en casos muy excepcionales y por motivos de orden natural.

La legislación Española sienta la regla general, de que pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente; las incapacidades pueden clasificarse en absolutas y relativas, según inhabiliten para otorgar toda clase de testamentos o se contraigan a determinadas formas de testar.

Las causas generales de incapacidad, han quedado reducidas actualmente a dos: La de los menores de 14 años, sea cual sea su sexo, y las de los que habitual o accidentalmente, no se hallen en su cabal juicio.

Las circunstancias accidentales, que de modo transitorio, pueden privar de su cabal juicio al testador, han de ser objeto de prueba especial, por quien impugne el testamento, pues la sanidad de juicio, se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada.

En cuanto al momento en que se ha de poseer la capacidad para testar, el Derecho Romano la exigió al tiempo de hacer testamento y en todo el transcurrido, hasta la muerte del testador.

El Derecho Pretorio, atenúo este rigor, al establecer que la capacidad jurídica debía existir, no sólo en la época de confección del testamento, sino también en el de la muerte (si el testador perdía la libertad o la ciudadanía, se invalidaba su testamento); pero bastaba, para la capacidad de obrar, que se tuviera en el otorgamiento del testamento (si el testador se volvía loco, el testamento hecho con anterioridad, conservaba todo su valor).

En el Derecho moderno, como no existen esos estados de ausencia en la capacidad jurídica, se atiende únicamente al momento de testar. El testamento

realizado por un loco en un intervalo de lucidez, se reputa como válido a muchos códigos modernos, entre ellos el Español, que al igual que aquí, exige el dictamen de dos facultativos, que previamente deberán reconocer al demente, que pretenda hacer un testamento en un intervalo de lucidez.

En nuestro Código Civil el artículo 1306º, nos dice en su fracción 11.- Están incapacitados para testar, los que habitualmente o accidentalmente no disfrutaban de su cabal juicio.

Al efecto los artículos 1307º a 1312º nos dicen "Es válido el testamento hecho por un demente en un intervalo de lucidez, con tal de que al efecto se observe, que siempre que un demente pretenda hacer testamento en un intervalo de lucidez, el tutor, y si no lo hay, la familia de aquél, presentará por escrito una solicitud al Juez que corresponda, quien deberá nombrar dos médicos de preferencia especialistas en la materia, para que examinen al enfermo y dictaminen acerca de su estado mental, existe en la ley la obligación de que el Juez asista al examen del enfermo y se cerciore de su capacidad para testar, se deberá hacer constar en un acta formal, el resultado del reconocimiento y si éste fuere favorable, se procederá a la formación del testamento ante Notario Público, con todas las solemnidades que se requieren para el Testamento Público Abierto.

Firmarán el acta, además, del Notario y de los testigos, el Juez y los médicos que intervinieron para el reconocimiento, poniéndose al pie del testamento, razón expresa, que durante todo el acto, conservó el paciente perfecta lucidez de juicio, y sin este requisito y su constancia, será nulo el testamento.

Testamentaria: Ejecución de lo dispuesto en el testamento.- Sucesión y caudal de ella durante el tiempo que transcurre desde la muerte del testador, hasta que termina la liquidación y división.- Junta de los testamentarios.- Conjunto de documentos y papeles que atañen al debido cumplimiento de la voluntad del testador, Juicio de los llamados universales, para inventariar, conservar, liquidar y partir la herencia del testador.

Testamento.- (del latín testamentum).- Declaración que de su última voluntad hace una persona, disponiendo de bienes y de asuntos, que le atañen para después de su muerte.-

Documento en donde consta de forma legal, la voluntad del testador, la institución del testamento, es una de las más lentamente elaboradas en la Historia del Derecho.

En las sociedades primitivas, no existió sucesión testamentaria, ni siquiera derecho de sucesión, porque o no estaba reconocido, el derecho de propiedad individual o la estaba con un carácter de temporal y revocable, que hacía que a la muerte del individuo, volviera el patrimonio a la colectividad del que procedía, la individualización cada vez mayor de la propiedad, hizo aparecer el derecho de sucesión, pero con el carácter de sucesión necesaria y familiar, no voluntaria.

La sucesión legítima, es cronológicamente anterior a la testamentaria; así, en los pueblos orientales, no se conoció el testamento (Egipto, India, Pueblo

Hebreo), y lo único que podía hacer el padre en vida, era distribuir su patrimonio entre sus hijos; el que no tenía descendientes, para dejar sus bienes a un extraño, tenía que recurrir a la adopción.

Los Germános tampoco conocieron el testamento, porque existía entre ellos, la obligación de transmitir los bienes dentro de la familia, es en el Derecho Romano, donde la institución testamentaria, adquiere todo su desenvolvimiento e importancia, especialmente con el Derecho Pretorio, que es el que da al testamento romano, el carácter de acto unilateral, con que ha pasado a las legislaciones modernas.

En la actualidad sin embargo, la institución presenta características que le dan fisonomía propia, tales como: La supresión de la necesidad de la institución de heredero, esencial al testamento romano;

La difusión de la forma pública notarial, que ha simplificado mucho las formalidades exigidas por las legislaciones antiguas; la admisión del testamento ológrafo, creado por el Código de Napoleón y admitido por la mayoría de los modernos.

Es clásica la definición de testamento debido a Modestino: "Testamentum Est Voluntatis Nostrae Sententia De Eo Quod Quis Post Mortem Suam Fieri Velit", la cual como observa Castán; es perfectamente aplicable al Derecho moderno, pero es inexacta al Derecho Romano, puesto que no marca la característica

esencial de ser disposición solemne de última voluntad, que contenía la institución de uno o varios herederos directos.

Modernamente puede definirse así: Acto jurídico más o menos solemne, pero sujeto siempre a formalidades coetáneas o posteriores, y formulado con arreglo a la ley, por el cual una persona expresa su voluntad, y dispone con carácter revocable, de todos o de parte de sus bienes, para después de su muerte.

III.1.1. Testamentos Ordinarios.

El testamento es, pues, un acto jurídico mortis causa, y no un contrato, puesto que no exige para su perfección, aunque sí para sus principales efectos de consumación, la aceptación del sucesor (heredero o legatario):

Ha de formularse con arreglo a normas legales, que garanticen su autenticidad; es ante todo, una declaración de voluntad que corresponde a la disposición de bienes, pero también puede contener declaraciones y derechos relativos a las personas (reconocimiento de hijos, cláusulas de fines piadosos, etc).

Sólo surte efectos a partir de la muerte del testador; tiene carácter eminentemente revocable, por la condición mudable de la voluntad humana, hasta el punto de ser nulas;

Las antiguas cláusulas derogatorias o ad-cautelam, los testamentos por su forma pueden ser: Ordinarios o especiales.

- A) Clases de testamentos:
- 1.- Testamentos Ordinarios
 - 2.- Testamentos Especiales

En nuestro actual Código Civil, que data del año de 1928, se hace la siguiente distinción, en cuanto a la clasificación de los testamentos, recordando que el testamento; Es el acto personalísimo, revocable y libre, por medio del cual una persona capaz, dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes, para después de su muerte.

En cuanto a su forma, el artículo 1499º, nos dice que los testamentos pueden ser ordinarios, conteniendo bajo éste rubro a el público abierto, el publico cerrado y el ológrafo. Y especiales, contemplándose, el testamento privado, el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero. ³²

Testamento Público Abierto.- O nuncupativo, es el que se otorga ante Notario, y en el que el testador, expresa claramente de palabra o por escrito, su voluntad; además del funcionario autorizante, deben concurrir testigos, en el número y condición designados por las leyes, los que deberán de enterarse de la voluntad y conocer la identidad del otorgante, dicha voluntad, deberá consignarse por escrito, ratificándola el testador y firmando éste, si supiese y pudiese y los testigos; el testamento así formalizado, se protocolizará como escritura pública en los registros del Notario autorizante.

³² Araujo Valdivia. Luis. "Derecho de las Cosas y Derecho de las Sucesiones." Editorial Cajica. México 1973. Pag 367.

La legislación Española, exige que los testigos sean tres y que reúnan la condición de idoneidad, esto es, que sean: Varones, mayores de edad y vecinos del lugar del otorgamiento, sin que tengan tacha de incapacidad o incompatibilidad; también dispone que vean y entiendan al testador y que uno al menos sepa y pueda escribir.

El otorgamiento ha de tener lugar, con unidad de acto, es decir, sin interrupción.

Adverado o ante Párroco. - Es el que según el Derecho foral de España, se otorga ante el párroco y dos testigos y se certifica o confirma, con formalidades establecidas por el fuero, elevándose después en escritura pública.³³

Testamento Cerrado. - Aquél en el que el testador sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en un pliego, que presenta ante Notario, y testigos que deben autorizar el acto del otorgamiento. Según la legislación Española, el documento donde se consigna la última voluntad, deberá colocarse dentro de una cubierta cerrada y sellada, de suerte que no pueda extraerse aquél, sin romper ésta.

En la cubierta, se extenderá el acta de otorgamiento, declarando el testador, que el pliego que presenta, contiene su voluntad, así como si se haya escrito, firmado o rubricado por él, o de mano ajena, y firmado por él, al final y en todas sus hojas; o si por no saber o por no poder firmar, lo ha hecho otra persona a su ruego.

³³ Idem. 369.

Los testigos deberán ser cinco, y el Notario expresará en el acta, el número y marca de los sellos, con que la cubierta está cerrada y dará fe, de haberse observado las solemnidades mencionadas, además de la del conocimiento del testador o de haberse identificado, y de hallarse con la capacidad necesaria para otorgar testamento.

Extendida y leída el acta, la firmarán el testador y los testigos que sepan, y la autorizará con su signo y firma, el Notario.

Si el testador no supiere o no pudiese firmar, lo hará en su nombre uno de los testigos instrumentales u otra persona designada por aquél.

No pueden hacer testamento cerrado, los ciegos, y los que no sepan o no puedan leer.

La legislación Española, dispone que cuando el que otorgue testamento abierto sea ciego, se dé lectura al testamento dos veces, una por el Notario autorizante y otra por uno de los testigos o por la persona que el testador designe.³⁴

Por Comisario.- Era el que se otorgaba por una persona (comisario) a nombre de otra (comitente), en virtud de poder, que al efecto, le había esta última conferido.

Este testamento, no se conoció en el Derecho Romano, ni tampoco seguramente en el genuinamente Español anterior al siglo XIII, los cuales, daban implícitamente a el testamento, el carácter de personalísimo.³⁵ Apareció por primera vez en una ley del Fuero Real, reformada sucesivamente en las

³⁴ Idem. Pag 389.

³⁵ Idem. Pag 390.

Partidas, leyes de Toro y novísima recopilación, en la actualidad ha desaparecido de la Legislación Española, en virtud de la declaración contenida en el Código Civil; según la cual, la facultad de otorgar testamento, es un acto personalísimo, y no podrá dejarse su formación, en todo o en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de Comisario o Mandatario.

En Lengua Extranjera. - El que otorgan en un país los extranjeros, que no saben expresarse en el idioma oficial del mismo.

Para este efecto, es preciso valerse de intérpretes, que conozcan perfectamente, tanto el idioma del testador, como el hablado en el país del otorgamiento.

Marítimo. - El otorgado con menos solemnidades, que el ordinario, por la persona que se haya abordo, durante un viaje por mar, ya sea en buque de guerra o mercante.

Militar. - Una de las formas especiales de la testamentifacción. Suele buscarse su origen, en el testamento In Procinctu Romano, consiste en la declaración de última voluntad hecha por un soldado, con compañeros de armas como testigos. En el intervalo existente, entre el momento en que el General, formaba su ejército, en orden de batalla y aquél en el que marchaba al combate; caído en desuso antes del fin de la República, fue en tiempos del Imperio sustituido por el verdadero testamento militar, otorgado en lo fundamental, en la forma privilegiada, que posteriormente ha venido usándose.

Testamento Público Abierto. (Código Civil)

El artículo 1511º nos dice, que el testamento público abierto, es el que se otorga ante Notario y tres testigos idóneos, en el cual el testador, deberá expresar de una forma clara y terminante, su voluntad al Notario y los testigos, el Notario redactará por escrito las cláusulas del testamento, sujetándose estrictamente a la voluntad del testador, y las leerá en voz alta, para que éste, manifieste si está conforme.

Si lo estuviere, firmarán todos el instrumento, asentándose el lugar, año, mes, día y hora, en que hubiere sido otorgado. Deberá constar la firma entera de dos testigos,

Si alguno de los testigos no supiere firmar, lo hará otro a su ruego; si el testador fuere el que no supiere firmar, intervendrá otro testigo que firme a su ruego,

Cuando el testador fuere ciego, se dará lectura al testamento dos veces; una por el Notario y otra en igual forma, por uno de los testigos u otra persona que designe el testador.

Cuando el testador ignore el idioma del país, si puede escribirá de su puño y letra su testamento, que será traducido al español por los dos intérpretes.

Además de la presencia del Notario y los testigos, la traducción se transcribirá como testamento en el protocolo respectivo, y el original, se archivará en el apéndice correspondiente del Notario que intervenga en el acto.

Las formalidades se practicarán acto continuo, y el Notario, dará fe de haberse llenado todas, si faltare alguna de ellas, quedará el testamento sin efecto, y el

Notario, será responsable de los daños y perjuicios, e incurrirá además, en la pena de pérdida de oficio³⁶.

Testamento Público Cerrado.

Este testamento, puede ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego, y en papel común, tal y como lo dicta el artículo 1521°.

El testador, debe rubricar todas las hojas y firmar al calce del testamento, lo puede hacer otro a su ruego, en éste caso, deberá concurrir con el testador a la presentación del pliego cerrado, y firmará en la cubierta con el Notario y los testigos.

Deberá de estar cerrado y sellado, o así lo hará ante el Notario, en presencia de tres testigos. El Notario dará fe del otorgamiento, con la expresión de las formalidades requeridas.

Nos dice el artículo 1530°, que los que no saben o no pueden leer, son inhábiles para hacer testamento cerrado. En los casos de sordo mudos si procede, si han sido escritos de su puño y letra, fechado y firmado, y que en presencia de cinco testigos, escriba en la cubierta que en él, se contiene su última voluntad, y que vaya escrita y firmada por él.

³⁶Idem. Pag 420.

Cerrado y autorizado el testamento, se entregará al testador, y el Notario pondrá razón en el protocolo del lugar, hora, día, y año en que el testamento fue autorizado y entregado.

El testador, podrá conservar el testamento en su poder, o darlo en guarda a persona de su confianza, o depositarlo en el Archivo Judicial. Este acto se puede hacer a través de procurador, pero el poder debe haberse otorgado ante Notario y así se hará constar, además de que dicho poder quedará adjunto al testamento.

Un testamento cerrado, no puede ser abierto hasta que concurran los testigos y el Notario; quienes deben reconocer sus firmas ante el Juéz.

La forma en que quedan sin efecto dicho testamento, es por encontrarse roto, abierto, rasgado la cubierta y tachadas o alteradas las firmas, aunque su contenido no esté viciado. ³⁷

Testamento Ológrafo.

Se le conoce así, por que es el escrito de puño y letra del testador, pero éste testamento queda sin efecto si no se depositó en el Archivo General de Notarías, su elemento de validéz, lo encontramos en la obligatoriedad del que lo otorga, lo escriba precisamente de su puño y letra, expresando día, mes y año, en que lo otorga. ³⁸

³⁷ Idem. Pag 449.

³⁸ Idem. Pag 450.

Sólo lo pueden hacer los mayores de edad. El artículo 1553º, nos dice, que es obligación del testador, hacer un duplicado e imprimir su huella digital.

El original dentro de un sobre sellado y lacrado, se depositará en el Archivo General de Notarías, y el duplicado, también cerrado, en un sobre lacrado y con la nota, que pondrá el encargado de la oficina, que dirá "Recibí el pliego cerrado, que el Sr.... afirma que contiene original su testamento ológrafo, según afirmación del mismo, existe dentro de éste sobre un duplicado". Y se pondrá lugar y fecha en que se extiende la constancia.

En el original el testador pondrá, "En éste sobre se contiene un testamento".

El Juéz ante quien se tramita un juicio sucesorio, pedirá informes al Archivo General de Notarías, para averiguar si hay un testamento o no, y se protocolizará ya que se hayan reconocido las firmas del que en él intervinieron.

III.1.2. Testamentos Especiales.

Los conocemos por éste nombre, debido a las características muy especiales que deben ocurrir para su producción.

Testamento Privado.

El artículo 1565º dice, "El testamento privado, está permitido en los casos siguientes:

1.- Cuando el testador, es atacado de una enfermedad tan violenta y grave, que no de tiempo para que concurra Notario para hacer el testamento.

- 2.- Cuando no haya Notario en la población, o Juez que actúe por receptoría.
- 3.- Cuando aunque haya Notario o Juez en la población, sea imposible, o por lo menos muy difícil, que concurran al otorgamiento del testamento.
- 4.- Cuando los militares o asimilados del ejército, entren en campaña o se encuentren prisioneros de Guerra.

Tiene la peculiaridad de que para poderlo hacer, el testador esté imposibilitado de hacer testamento ológrafo.

En éste tipo de testamento, el testador redactará su última voluntad, ante cinco testigos idóneos, uno de ellos lo escribirá; si el caso es muy urgente o ninguno de los testigos supiera escribir, no será requisito el presentarlo por escrito, si es muy urgente bastarán tres testigos.

Este testamento es válido, únicamente si el testador muere de la enfermedad o del peligro en que se hallaba, o dentro de un mes de desaparecida la causa que lo autorizó.

Para que tenga validéz éste testamento, los testigos deberán decir:

- 1.- lugar, hora, día, mes y año en que se otorgó el testamento.
- 2.- Si reconocieron, oyeron y vieron al testador claramente.
- 3.- El tenor de la disposición.
- 4.- Si el testador estaba en su cabal juicio y libre de cualquier coacción.
- 5.- El motivo por el que se otorgó el testamento privado.
- 6.- Si saben que el testador, falleció o no; de la enfermedad, o del peligro en que se hallaba, para la total validéz, de éste testamento, los testigos, nunca podrán ser menos de tres.

Testamento Militar.

Si el militar o el asimilado del ejército, hace su disposición en el momento de entrar en acción de guerra o estando herido, sobre el campo de batalla, bastará que declare su voluntad, ante dos testigos, o que entregue a los mismos, el pliego cerrado que contenga su última disposición, firmada de su puño y letra. El que tenga en su poder el testamento por escrito, deberá entregarlo al Jefe de la corporación, quien lo remitirá a la Secretaría de la Defensa, y éste a la autoridad judicial correspondiente, cerciorandose de la idoneidad de los testigos. ³⁹

Del Testamento Marítimo.

Este testamento se hace a bordo de un navío nacional, ya sea mercante o de guerra, y será escrito en presencia de dos testigos y el Capitán, quienes deberán firmar haciéndose por duplicado.

Testamento Hecho en País Extranjero.

Nos indica el artículo 1594º; Los Secretarios de legación, los cónsules y los vicecónsules mexicanos, podrán hacer las veces de Notarios o de receptores de los testamentos, de las naciones en el extranjero, en los casos en que las disposiciones testamentarias, deban tener su ejecución en el D.F.

³⁹ Idem. Pag 463.

Estos funcionarios remitirán copia autorizada de los testamentos, que ante ellos se hubieran otorgado, al ministerio de Relaciones Exteriores; el cual hará publicar en los periódicos, la noticia de la muerte del testador, para que los interesados promuevan la apertura del testamento. Si el testamento fuera ológrafo, se remitirá al encargado del Archivo General de Notarías.

El papel en el que se extiendan los testamentos, llevará el escudo del consulado. En el Código Civil anterior, no se hacía la distinción entre testamentos ordinarios y especiales, sino que se distinguían los testamentos solemnes y los privados.

Testamentos Solemnes, eran aquellos en que se exigían determinadas formalidades, con la intervención de Notario.

Testamentos Privados, eran aquellos que podían ejecutarse, tomando en cuenta las circunstancias especiales del testador, o el lugar en que hacía el testamento, para evitar la intervención Notarial. ⁴⁰

En la legislación anterior, se hacía una subdivisión en los testamentos, según fueran solemnes o privados. Los solemnes, comprendían el testamento público abierto y el público cerrado. Los privados eran, el privado, el marítimo, el militar y el hecho en país extranjero.

Desde otro punto de vista se clasifican también, en abiertos y cerrados. Los primeros, son aquellos en los que el testador, declara en presencia del Notario

⁴⁰ Idem. Pag 495.

y testigos, o simplemente ante éstos, su voluntad, pudiendo redactarlo cualquiera de ellos, lo esencial es la declaración de la voluntad, en presencia de esas personas, que conocen y testifican sobre esa declaración; en cambio el testamento cerrado, se caracteriza, por ser desconocido por las personas que autorizan dicho acto, se encuentra redactado por el testador.

CAPITULO CUARTO

mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos; los sordomudos que no sepan leer ni escribir, los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes, según lo establece el Art. 450° del C. Civil. Estos incapacitados pueden hacer valer sus derechos y cumplir sus obligaciones por medio de sus representantes.⁴¹

La existencia de los actos jurídicos, presupone la reunión de tres requisitos fundamentales como lo són; la voluntad, el objeto, y las solemnidades.⁴²

La voluntad es el elemento esencial del acto, puede ocurrir que el acto se realice por una sola persona o sea obra de una voluntad única, como lo es el testamento.

Para que la voluntad de quien realiza el acto, produzca efectos jurídicos, es necesario que se manifieste o exprese plenamente, que la persona sea capaz de obligarse en derecho, y que dicha voluntad responda, realmente a la intención que se tuvo, al ejecutar el acto, para que la voluntad produzca efectos jurídicos; es necesario que se exprese plenamente, ya sea en forma expresa o tácita.

Se dice que la voluntad es expresa cuando se manifiesta, sea verbalmente, sea por escrito, o bien por signos que no dejen lugar a duda.

⁴¹ Cit. Pos. Soto Alvarez. Clemente. "Prontuario de Introducción al estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil". Op. Cit. Pag 46.

⁴² Cit. Pos. Rojina Villegas. Rafaél. "Compendio de Derecho Civil, Tomo II". Op. Cit. Pag 394.

Es tácita cuando resulta de actos que la presuponen o autorizan a presumirla, hay casos en que por ley, la voluntad debe manifestarse expresamente como en el testamento.

Para entender mejor el concepto tendríamos que hacernos la siguiente pregunta:

Que es el acto jurídico?

Podríamos definirlo como la manifestación de la voluntad humana, susceptible de producir efectos jurídicos.

Ante ésta definición partimos de la base del supuesto jurídico, es decir de la pura enunciación normativa, y el acto jurídico, es el mecanismo que da vida al supuesto jurídico, ejemplificando; el supuesto jurídico dice: "si" A paga al acreedor B, se extingue su obligación para con él". Ampliando el campo del acto jurídico, considerando como la intención de producir consecuencias de derecho.

La definición hecha por León Duguit, que al efecto dice "Es acto jurídico todo acto de voluntad, que interviene con la intención de que se produzca una modificación en el ordenamiento jurídico, tal como existe en el momento en que se produce, o tal como existirá en un momento futuro dado".⁴³

En todo acto jurídico, encontramos una manifestación de voluntad, entendiéndola como la exteriorización de un propósito, ya sea por una

⁴³ Idem. Pag 395.

declaración de voluntad o por actos, que demuestran la intención de realizar acciones que el Derecho reconoce y a las cuales les otorga determinadas consecuencias. A este respecto, existe una objeción que sostiene que, puede confundirse el acto y el hecho jurídicos a través de la no declaración de voluntad, sino por simples actos, ya que el sujeto que lo realiza, no tiene o no puede tener en cuenta todas las consecuencias, que dicho acto puede originar, en éste caso, es refutable tal objeción, ya que el elemento distintivo del acto jurídico es, el determinar consecuencias jurídicas, aunque no se sepa, todas las consecuencias que el acto pueda acarrear.

Tal es el ejemplo del testamento en el cual, la declaración de voluntad producirá efectos jurídicos, ya que no obstante que un precepto general dice; que el testador puede imponer libremente condiciones a herederos y legatarios, después se van enumerando, cuales son las condiciones que se tienen por no puestas, cuales son aquellas que se tienen por válidas, y cuales las que se tienen por nulas. Es por ello que también la norma jurídica, puede nulificar parte de las consecuencias que se proponga el autor del acto y reconocer otras.

Elementos esenciales del acto jurídico:

Manifestación de voluntad, que puede ser expresa o tácita.

Es expresa cuando se exterioriza por el lenguaje, ya sea oral, escrito o numérico. Es tácita, cuando se desprende de hechos u omisiones, que de

manera necesaria e indubitable revelan un determinado propósito, aunque el autor del acto jurídico no exteriorice su voluntad a través del lenguaje.

Un objeto física y jurídicamente posible. En los actos jurídicos debemos distinguir un objeto directo y en ocasiones un objeto indirecto, el primero consiste en crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones, en la definición de acto jurídico, encontramos su objeto al decir, que es una manifestación de voluntad tendiente precisamente a crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones. El objeto indirecto no se presenta en la totalidad de los actos jurídicos, sino mas bien en los contratos y convenios, consistiendo en la cosa o el hecho materia del convenio.

El reconocimiento que haga la norma jurídica, a los efectos deseados por el autor del acto. Si una manifestación de voluntad, no estuviera reconocida por la norma, no habría acto jurídico por falta de objeto, para producir consecuencias de derecho que estén amparadas por un ordenamiento.

Estos tres elementos se denominan esenciales, o de existencia; por que sin ellos, no existe el acto jurídico, también se les conoce como elementos de definición, ya que si faltare alguno de ellos, decimos que el acto jurídico es inexistente para el derecho, es la nada jurídica.⁴⁴

El acto jurídico es una manifestación de voluntad, que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, y cuya manifestación, se encuentra

⁴⁴ Idem. Pag 398.

prevista en la norma jurídica como supuesto, capaz de producir tales consecuencias.

En el acto jurídico además de intervenir la voluntad del agente para realizar el hecho, existe la intención de producir determinadas consecuencias.

No es necesario que su autor, se proponga todas y cada una de las consecuencias que la norma jurídica, impute a un determinado acto, basta que manifieste el propósito de que produzcan ciertas consecuencias, dependiendo de la norma el amparar todas estas, o bien, conceder más o menos de las que se hayan previsto, en la manifestación de la voluntad. Es así como pueden presentarse tres situaciones:

Las consecuencias previstas por el autor del acto, son exactamente los que a su vez reconoce y ampara la norma del Derecho.

Las consecuencias deseadas en la manifestación de la voluntad, no son totalmente amparadas por el Derecho.

El Derecho reconoce además de las consecuencias previstas por el autor del acto, otras consecuencias, que se presentarán como derivadas de la naturaleza del mismo.

En el Derecho Hereditario, sí debe reconocerse que la principal función tanto de la herencia legítima como de la testamentaria, se refiere a la transmisión, y no a la creación de derechos. Aunque no debemos olvidar, que por virtud del

testamento se pueden crear derechos reales y personales, mediante la institución del Legado.

En cambio la función transmisora de los bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte, se opera a través de la sucesión legítima o de la institución de herederos, en la sucesión por testamento.

El proceso de elaboración de los actos jurídicos, es semejante al que se observa en el acto legislativo, para la elaboración de una norma. Fundamentalmente las partes interesadas deben exteriorizar su voluntad, cumpliendo con determinadas condiciones de fondo y forma, hasta llegar al momento en el cual, se puede decir que ha quedado elaborada la norma, productora de los derechos y obligaciones que nacen del acto jurídico.

Por ello debe distinguirse como lo hace Kelsen, en su obra "*El contrato y el Tratado*", entre el simple proceso, que tiene por objeto crear los derechos y obligaciones y el resultado de ese proceso, consistente en los deberes y facultades que nacen a la vida jurídica, el estudio del proceso jurídico a través de sus condiciones de fondo y forma, es el que analiza debidamente toda la sistemática del derecho privado, al tratar de los elementos esenciales y de validéz de los actos jurídicos, así como de los problemas de inexistencia y nulidad de los mismos.

La palabra acto, en la terminología jurídica, tiene dos sentidos diferentes. Primero designa en ocasiones una operación jurídica, correspondiendo entonces a la palabra latina negotium.

Otras veces designa un documento probatorio, destinado a demostrar alguna cosa, respondiendo en este caso, al término latino instrumentum; una venta, una donación, un pago, una remisión de deudas, considerados en si mismos y haciendo abstracción de su prueba, son actos jurídicos.

Los documentos notariales o privados, en que se hacen constar tales operaciones, son actos instrumentales. El acto y el hecho jurídico, son las formas de realización de los supuestos de derecho.

En sentido general, la doctrina francesa habla de hechos jurídicos, comprendiendo todos aquellos acontecimientos naturales o del hombre, que originan consecuencias de derecho.

De ésta suerte distingue los hechos jurídicos en estricto sentido, de los actos jurídicos. Considerando que hay hecho jurídico, cuando por un acontecimiento natural o por un hecho del hombre, en el que no interviene la intención de originar consecuencias de derecho, se originan no obstante éstas.

Por otra parte estima, que hay acto jurídico, en aquellos hechos voluntarios, ejecutados con la intención de realizar consecuencias de derecho, y por lo tanto, lo define como una manifestación de voluntad, que se hace con la intención de originar consecuencias.

La diferencia según la doctrina francesa entre ambos, no está en la intervención del hombre, toda vez que los actos jurídicos pueden ser también naturales, y en los ejecutados por el hombre, pueden haber hechos voluntarios, involuntarios y los ejecutados contra su voluntad.

Por consiguiente hay hechos jurídicos ejecutados por el hombre voluntarios, pero en ellos, la voluntad no está animada de la intención de producir consecuencias de derecho; esos hechos voluntarios, pueden ser lícitos o ilícitos.

Los lícitos, son los delitos y los cuasidelitos; en los delitos existe la intención de dañar, pero no la de originar consecuencias jurídicas, por ello no se consideran actos jurídicos.

Los hechos voluntarios lícitos, fueron llamados en el antiguo Derecho Francés, siguiendo a los glosadores, cuasicontrato, y expresamente el Código de Napoleón acepta ésta denominación.

Los cuasicontratos, son hechos voluntarios lícitos, considerando como tales a la gestión de negocios, el pago de lo indebido y ciertos casos de copropiedad. En virtud de que éstas situaciones, implican actos del hombre, sin que haya la intención de originar consecuencias de derecho.

Nuestros Códigos de 1870, 1884 y el vigente, no han empleado la denominación de cuasicontratos, sino que se han referido específicamente, a la gestión de negocios y al pago de lo indebido.

Uno de los autores, que más ha insistido sobre la importancia del acto jurídico y sus elementos, es León Duguit; quien en su tratado de Derecho Constitucional, hace un amplio estudio al efecto, después de que hace el análisis de los distintos momentos que existen en el acto volitivo, consistentes en la concepción, deliberación, decisión y ejecución, pasa al estado de lo que el llama, objeto inmediato, mediato y fin en el acto jurídico.

Todo acto de voluntad, tiene dos objetos; el objeto inmediato, movimiento corporal directamente querido y producido, y el objeto mediato; que es la modificación en el mundo exterior, que no es un producto de la voluntad del sujeto, el cual sólo puede obrar sobre sus órganos.

Por lo que respecta al fin determinante, es preciso no confundirlo con el objeto mediato del querer, el fin es el porqué, se elige como principio de acción, cierta representación.

Así pues entenderemos al acto jurídico, como "todo acto de voluntad, que interviene con la intención, de que se produzca una modificación en el ordenamiento jurídico. Tal como existe en el momento en que se produce, o tal como existirá en el momento futuro dado."⁴⁵

⁴⁵ Idem. Pag 400.

En todos los actos jurídicos encontramos, la manifestación de la voluntad, es decir la exteriorización de un propósito, la cual puede efectuarse por una declaración de voluntad, o bien, por actos que revelen en el sujeto, la intención de llevar a cabo acciones, que el Derecho reconoce y a las cuales imputa determinadas consecuencias.

En cuanto a la declaración de voluntad, que puede llevarse a cabo por cualesquiera de las manifestaciones del lenguaje, ya sea, oral, escrito o mímico, se debe distinguir la manifestación receptiva y la que no lo es; es decir, aquella manifestación de voluntad dirigida a otro y la que no lleva fin determinado, pero que a su vez se propone, como tal declaración unilateral de voluntad, producir consecuencias de derecho. Es entonces el testamento una manifestación de voluntad no receptiva.

Concordamos pues, que los actos voluntarios son los que tienen aspectos semejantes con los actos jurídicos, que por su naturaleza, poseen como característica ser: Primeramente voluntarios y segundo, producir consecuencias de derecho.

Como elementos esenciales tenemos, que exista una manifestación de voluntad, tener un objeto física y jurídicamente posible y por supuesto tener el reconocimiento de la norma.

Cuando en un acto jurídico, falta alguno de estos tres elementos, decimos que el acto es inexistente para el derecho. La inexistencia se produce por falta de

voluntad, en el acto unilateral, o por falta de consentimiento en el acto plurilateral.

Es inexistente también por falta de objeto, el cual puede ser imposible, desde el punto de vista físico o jurídico. Esta imposibilidad equivale, a la no existencia del mismo, es físico cuando el objeto jamás se podrá realizar, es jurídico cuando una norma impide su realización. Y tenemos una tercera forma de inexistencia, esto es, cuando las normas de derecho, no reconocen ningún efecto a la manifestación de voluntad.

El artículo que establece la inexistencia de los actos jurídicos es el 2224° del C.C. que dice, "El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto, que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción, su inexistencia puede invocarse por cualquier interesado."

Así, el acto jurídico inexistente, jamás puede producir consecuencias de derecho, existe como simple hecho.

Las razones que se dan para caracterizar a la inexistencia en sus tres aspectos, es decir oponible por cualquier interesado, imprescriptible e inconfirmable, són:

Primera, como la inexistencia es la nada jurídicamente hablando, es evidente que todo aquél, a quien se oponga un acto inexistente, tiene un interés jurídico

para invocar la inexistencia, y pedir que no surta efectos el acto, obviamente para ello se requiere que haya interés jurídico.

Segunda, no puede surtir efectos por la prescripción, es decir el tiempo no puede convalidar el acto.

Tercera, es inconfirmable, es decir, que no puede ser convalidado por ratificación expresa o tácita, la ratificación en sentido jurídico significa, que cuando un acto está viciado, las partes pueden confirmarlo, renunciando a la acción, para que produzca efectos desde que se celebró y no desde que se ratificó, ésta es la finalidad de la ratificación; si la finalidad fuera que el acto produjera sus efectos, a partir del momento de la ratificación, bastaría con otorgar un nuevo acto, y no se alcanzaría la utilidad que desde el punto de vista jurídico, existe al convalidar retroactivamente.

En la inexistencia no puede haber ratificación, primero porque no se trata de un vicio, después porque no puede ratificarse la nada, en tercer lugar porque tampoco podrá lograrse el efecto retroactivo, supuesto que si el acto, es la nada desde el punto de vista jurídico, sería un hecho contrario a la realidad, declarar que aquel acto inexistente, produjo efectos cuando era inexistente.

Acto inexistente; llámase al acto jurídico, al que para su validéz, le falta cualquier requisito, considerado esencial para su formación. En el artículo 2228º se habla de la solemnidad, de manera que cuando es establecida por la

ley, y no se observa, ya no produce la nulidad relativa ni absoluta, sino que origina la inexistencia.

IV.II. El Objeto.

El objeto del acto jurídico se encuentra dentro de su definición. Consiste en crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones.

La voluntad debe tener como fin, como propósito, como objeto, producir consecuencias jurídicas.⁴⁶

El acto no puede existir si carece de materia, ésta puede ser una cosa o un hecho, para que las cosas puedan ser objeto de los actos jurídicos deben primeramente, existir en la naturaleza, ser determinadas o determinables en cuanto a su especie y estar en el comercio.

Así pues, no puede ser materia de un contrato de compraventa, el alma de una persona. Al decir que deben ser determinadas o determinables, nos referimos a que la cosa debe poderse pesar, contar o medir, y estar en el comercio, es decir que puedan ser materia de compraventa y/o que puedan ser adquiridas por los particulares.

Para interpretar la voluntad del testador, es preciso tener en cuenta, el objeto del testamento, mediante el cual el autor dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte; dentro de cualquiera de estos objetos fundamentales, el testador puede pretender algún otro de

⁴⁶ "Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil" Op. Cit. Pag 44.

carácter propiamente secundario, entendiéndose como objeto, el fin o intento a que se dirige o encamina, la disposición testamentaria, así considerado, el objeto debe ser posible y lícito, porque su realización depende de un acto jurídico, cuya existencia y validez, requieren de la posibilidad y licitud del objeto.

Los hechos también pueden ser materia de los actos jurídicos, éstos pueden ser positivos o negativos. Son negativos aquellos que implican una abstención, los hechos materia de los actos jurídico, deben como ya hemos mencionado, ser posibles y lícitos. Es ilícito el hecho, que es contrario a las leyes de orden público, o a las buenas costumbres. El objeto es la materia del acto; y el fin, es lo que se persigue con la celebración del mismo.

No basta en ciertos actos jurídicos, que existan la voluntad y el objeto, es necesario además, que se celebre ante las personas que la ley señala, o sea los funcionarios que se indican, y además que quienes intervienen en su celebración, pronuncien determinadas palabras o fórmulas, ambas exigidas por la ley. Por ello concluimos que las solemnidades consisten en "celebrar el acto, ante los funcionarios que la ley señale, en pronunciar ciertas palabras o fórmulas en el momento de la celebración del mismo, o en ambas cosas a la vez."

Según el licenciado Angel Caso, consiste en dar al acto, la forma escrita. por lo que podemos hacer algunas diferencias entre formalidades y solemnidades. Las solemnidades són requisitos de existencia, las formalidades de validez.

Las solemnidades consisten en el empleo de determinadas palabras, o en que el acto, se celebre ante determinadas personas, o en ambas cosas a la vez. Las formalidades consisten en dar al acto, la forma escrita. La falta de solemnidades no puede enmendarse, la de formalidades sí, basta dar al acto la forma indicada. La falta de solemnidades produce la inexistencia, la de formalidades la anulabilidad.

Esto es que un acto solemne es aquél, en que la forma establecida por el legislador, tiene un valor esencial, hasta el punto de que sin ella, carece de toda eficacia. Este tipo de acto como lo es el testamento, que por cierto en nuestra legislación, junto con el matrimonio, són considerados los únicos dos actos solemnes. Teniendo en cuenta que el testamento es el último acto en vida de una persona, es de capital importancia que se lleve a cabo conforme los lineamientos que establece la ley.

Se desprende, que al ser un acto jurídico, debe haber una manifestación muy clara de la voluntad, sea ésta expresa o a través de signos, que no dejen duda sobre la certidumbre de la voluntad del testador. Formando parte fundamental en los diferentes modos de otorgar un testamento, la participación de los testigos, quienes darán autenticidad al acto y también la injerencia del Notario, quien será el encargado de darle la forma y la "solemnidad al testamento.

Algunas solemnidades pueden ser, la lectura que del testamento hace el Notario, en otro tipo de testamento, además de la lectura del Notario lo vuelve a leer un testigo, como es el caso del testamento hecho por un ciego, la firma y

el sello en el testamento público cerrado y en general la forma que le dará el Notario con su intervención.

Además decimos que es un acto solemne y personalísimo, porque el autor de la herencia, no puede actuar por representantes, ni en un mismo testamento pueden intervenir dos personas, pues como se entiende, es la última voluntad de una persona en vida.

Para que una persona pueda intervenir en un acto jurídico, es menester hacer referencia a la capacidad. Sabemos que existen dos clases de capacidad, la jurídica y la de actuar.

La jurídica, es la aptitud que tiene el individuo, para ser sujeto de derechos, se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte. La capacidad de actuar, es la aptitud del individuo, para realizar actos jurídicos, ejercer derechos y contraer obligaciones, existen circunstancias que limitan o destruyen la capacidad de actuar, como lo son la minoría de edad, la locura, la condena penal, etc. Pero para no dejarlos desamparados la ley ha buscado la manera de protegerlos, así, los incapaces pueden ejercer sus derechos o contraer obligaciones, por medio de sus representantes.

La Representación, es una institución que tiene por objeto, la protección de los incapaces, y que consiste en que una persona, obre en nombre y en interés del sujeto incapacitado, adquiriendo sus derechos y obligaciones, ejercitando los

unos, y cumpliendo los otros; la plena capacidad de actuar se adquiere con la mayoría de edad, en nuestra legislación es a los dieciocho años cumplidos.

IV.III. La Forma.

El acto jurídico debe celebrarse en la forma prescrita por la ley. Puede hacerse en documento privado sin la intervención de un funcionario que tenga fe pública o ante un funcionario que tenga fe pública.⁴⁷

El testamento, es un acto jurídico que tiene su propia validéz y su propia trascendencia, independientemente de las instituciones que contenga, de la validéz de ellas, de su aceptación, y de la capacidad de heredar del heredero o del legatario instituidos.

El artículo 1378º expresa, que el testamento otorgado legalmente, será válido, aunque no contenga institución de heredero, y aunque el nombrado, no acepte la herencia o sea incapáz de heredar. En cualquiera de éstos casos, y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1379º, se cumplirán las disposiciones testamentarias, que estuvieran hechas conforme a las leyes; la validéz del testamento, no depende de que haya institución de heredero o legatario, ni de la validéz de esta institución, ni de la aceptación del beneficiario, ni de su capacidad de heredar; la validéz del testamento, depende de que se haya otorgado legalmente. Esto es, que se haya expresado la voluntad del testador, conforme a la ley, por tanto sin ocuparse de disponer de sus bienes, el testador puede declarar o cumplir deberes para después de su muerte.

⁴⁷ Idem. Pag 47.

Así puede hacer el reconocimiento de un hecho, la retracción de una calumnia. La falta de aceptación del heredero o del legatario, simplemente no permite, que la institución relativa, produzca sus efectos. Pero no afecta de modo alguno la validéz del testamento, ni la validéz de la institución hereditaria, y en cambio da lugar a la apertura de la sucesión legítima. En cuanto a los bienes respectivamente afectados por las disposiciones correspondientes; la incapacidad del heredero o del legatario, tampoco anula la institución hereditaria, ni menos aún el testamento mismo, solamente no permite que produzca sus efectos.

IV.III.1. Actos Consensuales.

Podemos decir que consideramos a los actos como consensuales, cuando para su validez sólo se requiere del consentimiento de las partes.

Podríamos decir que són aquellos actos de palabra, lo único que necesitan es que las partes se pongan de acuerdo en cuanto a su contenido, es decir, que se esté de acuerdo en las consecuencias de derecho que se quieren originar.

IV.III.2. Actos Formales.

Aquí podemos entenderlo como una caracterrística necesaria del acto para poder valer. Esto se refiere, a el lineamiento o la estructura que debe de seguirse en la consecución de un acto.

Dichos actos requieren de una forma escrita o de realizarse ante determinada persona, para obtener así su validez plena, ya que si no se realizan de esta manera no tienen ninguna consecuencia para el Derecho.

IV.III.3. Actos Solemnes.

Estos actos, en nuestro Derecho, sólo consideramos al testamento y al matrimonio. Y son aquellos que para que surtan efectos deben seguir o realizarse bajo una forma muy especial, y realizarse precisamente ante las personas facultadas por la ley para ese fin.

También podemos considerar como acto solemne, aquél que se realiza pronunciando ciertas frases, o palabras, las cuales le otorgan su plena validez. Ya que se requiere de ellas debido a la importancia y trascendencia del mismo, y si no fuera así, sería muy fácil de falsificar o prestarse a delito, aprovechando el dolor ajeno y acomodando a conveniencia una disposición post-mortem.

CAPITULO QUINTO

V. EL TESTAMENTO ACTO FORMAL O SOLEMNE.

V.I. DECLARACION DE VOLUNTAD DEL TESTADOR.

Neque enim aliud videtur solatium mortis, quam voluntas ultra mortem.

Quintiliano: No queda otro consuelo de la muerte que la supervivencia de la voluntad.⁴⁸

La muerte del autor de la herencia es el supuesto principal y básico del Derecho Hereditario y a él se refieren múltiples consecuencias que además se retrotraen a la citada fecha, aún cuando se realicen con posterioridad. Por esto, la citada muerte determina la apertura de la herencia y opera la transmisión de la propiedad y posesión de los bienes a los herederos y legatarios.

Esto se caracteriza como un acto volitivo; manifestación de voluntad. Es, por consiguiente, elemento esencial al acto jurídico ser un acto de voluntad, pero no es un elemento específico y propio del acto jurídico, pues existen infinidad de actos de voluntad que no son actos jurídicos. Sólo los actos que produzcan consecuencias de derecho y que impliquen la intención de que se originen esas consecuencias, son actos jurídicos.

Punto principal en el tema del testamento es la exteriorización de los deseos del que realiza su última voluntad, y la plasma en el instrumento que para tal efecto el Derecho nos otorga, es decir, en el testamento.

⁴⁸ Cit. Pos. Margadant Guillermo. "Derecho Romano": Op. Cit. Pag 464.

Hemos visto que la voluntad debe ser muy clara y libre toda coacción para poder así tener todos sus efectos, y de ese modo poder darle al testamento los alcances verdaderos que su autor se propuso.

V.I.1. Debe ser Libre.

Decimos que es un acto libre, porque no puede el testador obligarse por contrato o por convenio a testar, o a testar bajo ciertas condiciones, o bien transmitir por testamento, sólo parte de sus bienes y reservar otra parte a sus herederos legítimos.

Cualquier pacto, que en éste sentido, restrinja la facultad libre de testar, o que implique renuncia de ella, es también inexistente por una imposibilidad jurídica, en virtud de que hay una norma, en el derecho positivo, que impide, que el acto de renuncia o de restricción a la facultad de testar se lleve a cabo.

En éste inciso nos referimos a la calidad, que por ley, tiene el acto de testar, primeramente, le hemos dado la calidad de acto, ya que el testador voluntariamente desea producir consecuencias de derechos post-mortem.

Ab intestato. - Literalmente "sin testamento", la herencia legítima se abre:

- I.- Cuando no hay testamento, o el que se otorgó es nulo o perdió su validéz.
- II.- Cuando el testador no dispuso de todos sus bienes.
- III.- Cuando no se cumpla la condición impuesta al heredero.

IV.- Cuando el heredero, muere antes del testador, repudia la herencia, o es incapáz de heredar, si no se ha nombrado sustituto.

Ab Intestato.- Sin testamento, procedimiento judicial para la adjudicación, del haber hereditario de una persona fallecida sin testar; conjunto de bienes y derechos pertenecientes al que ha fallecido, sin dejar hecha disposición testamentaria.

Acción de Petición de Herencia.- Es la que ejerce para que sea declarado heredero el demandante, se le haga entrega de los bienes hereditarios con sus acciones y le rindan cuentas, esta acción, se deducirá por el heredero testamentario o ab-intestato, o por el que haga sus veces en la disposición testamentaria; y se da contra el albacea o contra el poseedor de las cosas hereditarias, con el carácter de heredero, o cesionario de éste y contra el que no alega título ninguno de posesión del bien hereditario o dolosamente dejó de poseerlo.

En Roma, la hereditatis petitio, tuvo distinta calificación en el Derecho Antiguo y Clásico, que en el Derecho Justiniano, en el primero, era considerado como una Actio In Rem, como una Actio o Vindicatio Generalis, que en el procedimiento de las Legis Actiones, se operaba simbólicamente sobre una de las cosas hereditarias, mientras que con Justiniano, lo fue como acción mixta en atención a las prestaciones y responsabilidades del demandado, la acción de petición de herencia, de acuerdo con la calificación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tiene naturaleza real.

Esta acción es a la herencia dice Pallares, lo que la Reivindicatoria es a un bien particular; sin embargo el mismo autor, aclara que éstas acciones, no deben confundirse; el acento en la de petición de herencia, recae sobre la cualidad de heredero del actor; éste punto es esencial en el juicio en consecuencia, la acción se pone en juego bajo el supuesto de que el actor es heredero y con tal carácter reclama la herencia. Si el demandado no discute esa calidad, el actor triunfa en un punto básico de su demanda.

La acción de petición de herencia, es calificada por Pallares como divisible, porque el actor no reclama necesariamente la totalidad de la herencia.

Puede reclamar una parte de ella, según le corresponda con arreglo a la ley o al testamento. Tanto desde el punto de vista activo como pasivo, debe considerarse divisible entre los herederos del actor y entre los herederos del demandado.

V.I. 2. Debe ser en forma clara y precisa.

Este punto se refiere a que la última disposición debe de ser hecha en forma muy clara, ya que se determinará en ella, tanto la suerte que puede seguir los bienes del difunto, como alguna institución. Por que puede haber un reconocimiento de hijos, y éste reconocimiento debe ser muy preciso.

La ley al exigirle al autor del testamento que lo haga en forma clara, lo está protegiendo a la vez, dándole así a la disposición testamentaria el verdadero sentido que buscaba su autor.

Pues ya se ha dicho que en todo testamento la manifestación de voluntad debe ser expresa, y nunca tácita. No es válido el testamento si el testador manifiesta su voluntad contestando por medio de monosílabos a preguntas que se le hagan o bien respondiendo por señas.

En otros actos jurídicos se acepta la manifestación de voluntad tácita que se desprende de hechos que necesariamente hacen presumirla. Para el testamento existe disposición especial que requiere para su validez que el autor de la herencia exprese su voluntad. Esta voluntad puede expresarla en forma verbal, sólo en determinados casos y circunstancias muy especiales, o bien en forma escrita y dentro de ésta se admite el testamento privado también en casos y circunstancias excepcionales.⁴⁹

V.I.3. Continuidad del acto.

Tenemos como formalidades generales a todos los testamentos, en primer término, la continuidad en el acto, es decir, que no haya interrupción en la práctica de las formas exigidas, no puede llevarse a cabo cualquier testamento, interrumpiendo el acto para continuarlo en la misma fecha, o en otra distinta de la que fue iniciado.

Otra es la presencia de testigos, también tenemos la identidad del testador y su capacidad, que debe ser conocida y apreciada por los testigos y en su caso el

⁴⁹ Rojina Villegas. Rafaél. "Compendio de Derecho Civil Mexicano". Tomo IV Sucesiones. Editorial Porrúa, S.A. México 1978. Pag 404.

Notario, es necesario que se declare o certifique, sobre la identidad del testador, manifestando los testigos conocerlo, y además que se encuentra en su cabal juicio y libre de toda coacción.

La continuidad en el acto, es una regla establecida en el artículo 1519° para el testamento público abierto, es aplicable por analogía a cualquier otro testamento, en vista que de la continuidad del acto, es una garantía tanto del cabal juicio, como de la libertad de acción en el testador y es un índice de que la expresión del testamento, sigue el orden necesario para efectuarse sin interrupciones que desvían o entorpecen la intención del testador.

V.II. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE FORMALIDADES.

V.II.1. Invalidez del Testamento.

El vigente Código Civil para el Distrito Federal, sanciona a la falta de formalismos marcados por la ley, con la invalidez.

La falta de forma, encuadra dentro de la Nulidad Relativa, según el artículo 2228°. El artículo 2229°, establece que la acción y la excepción de la nulidad por falta de forma, corresponde a todos los interesados.

Como se desprende de los Códigos de 1884 y 1928, coinciden en el tratamiento de los formalismos, en la invalidez como consecuencia de la falta de éstos y la acción y excepción de nulidad por falta de los mismos.

La forma se puede definir como "el signo o conjunto de signos, por los cuales se hace constar, o se exterioriza la voluntad del o de los agentes de un acto jurídico y los formalismos o formalidades són:

El conjunto de normas establecidas por el ordenamiento jurídico, o por las partes que señalan como se debe exteriorizar la voluntad, para la validéz del acto jurídico.

V.II.2. Testamento Nulo.

Por distintas causas, un testamento puede ser nulo, inexistente o anulable, la falta de solemnidades, la oposición de un testamento a una ley de orden público, la falta de capacidad, los vicios de voluntad.

El testamento como todo acto unilateral, puede ser revocado en cualquier momento por su autor. El testamento anterior, queda revocado de pleno derecho, por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste, de que aquél subsista en todo o en parte.

Hay que distinguir la nulidad del testamento, de la nulidad de la institución testamentaria. Entre ambas nulidades, existe una relación del todo a la parte, porque la nulidad del testamento, es la nulidad del todo, es decir que anula el contenido del testamento en su totalidad.

Y la nulidad de la institución testamentaria, sólo afecta la institución misma, analizando uno por uno los artículos del Código Civil, relativos a la materia, es posible advertir que los artículos 1485º, 1487º, 1489º y 1491º, se refieren a la nulidad del testamento; el artículo 1490º puede referirse al testamento o a alguna de las disposiciones testamentarias y el artículo 1484º, también puede

referirse a una institución de heredero o legatario, hecha en forma distinta a la testamentaria, en memorias o comunicados secretos, o al testamento mismo, si éste tiene la forma de memoria o de comunicado secreto, así; el artículo 1484º considera nula la institución de heredero o legatario, hecha en memorias o comunicados secretos, al establecer ésta nulidad, la ley pretende evitar en primer término, las instituciones fideicomisarias, o sea las instituciones de confianza, cuyo contenido, no pueda ser reconocido por los interesados, ni apreciado por el Juéz; además, porque la institución en memorias, revestiría una forma distinta a las que la ley autoriza, para los testamentos con finalidades de orden público y de interés general.

El artículo 1485º considera nulo el testamento que haga el testador, bajo influencia de amenazas, contra su persona, o sus bienes, o contra la persona o bienes de su cónyuge, o de sus parientes, porque indudablemente que en esos casos, la voluntad del testador, se encuentra viciada por la violencia y deja de satisfacerse la característica de libertad, que la ley otorga al testamento; sin embargo, como se trata de un vicio de voluntad, el testador puede revalidar el testamento, cuando la violencia haya cesado, o disfrute de su completa libertad.

Según lo establece el artículo 1486º, procediendo a la revalidación del testamento con las mismas solemnidades que si lo otorgara de nuevo, pues de lo contrario la revalidación será nula.

El artículo 1487º, establece la nulidad del testamento captado por dolo o fraude, para entender estas expresiones, habrá que recurrir a la connotación que les da el Código Civil, en el artículo 1815º, entendiéndolo por dolo cualquier sugestión, o artificio, que se emplee para inducir al error, o mantener en él a alguno de los contratantes, una vez conocido.

Claro es que tratándose del testamento, que no es un contrato, sino un acto unilateral, la aplicación de los conceptos de dolo y mala fe o fraude civil, debe hacerse, con relación al estado de ánimo en que se encuentre el testador, para decidir la forma y términos de las instituciones testamentarias.

El artículo 1488º determina la forma en que deberá protegerse al testador, que se encuentre en los casos de los preceptos anteriores, el acta que el Juez levante, será la base para el ejercicio de las acciones que procedan, y servirá para demostrar la nulidad del acto que se hubiere celebrado, o que se pretenda celebrar, sin asegurar el libre ejercicio del derecho del testador.

El artículo 1489º determina la nulidad del testamento, en que el testador no exprese cumplida y claramente su voluntad, sino sólo por señales o monosílabos, en respuesta a las preguntas que se le hacen.

La nulidad es absoluta y se funda en que la institución testamentaria, deba ser clara y precisa, a fin de que no se preste a confusiones, que una vez muerto el testador, nadie podría aclarar.

Justamente por éste motivo, los artículos 1386º, 1387º, 1388º, 1389º y 1390º, establecen la forma en que el heredero debe ser instituido, así como la nulidad que entraña, la institución incierta.

El artículo 1491º, establece la nulidad del testamento, cuando se otorga en contravención a las formas prescritas por la ley, esta nulidad se debe a que el testamento, es un acto jurídico revestido de formas esenciales para su validéz, las cuales han sido determinadas por la ley, del modo más conveniente, para tener por cierta, la voluntad del testador, y para cumplirla en sus propios términos; ésta nulidad es absoluta y afecta a la validéz y a los efectos de la disposición testamentaria, que no se haga en alguna de las formas prescritas, aunque tal disposición, sea verdaderamente auténtica, éste aspecto tan singular del incumplimiento de la forma, aunque el acto sea auténtico e indiscutibles los elementos de consentimiento y objeto, le da a la forma de expresión de la voluntad, una importancia extraordinaria, porque priva de efectos al testamento, al extremo que muerto el testador, nadie podrá suplir la deficiencia en que éste haya incurrido.

Es interesante señalar que el artículo 1490º, se establece que el testador, no puede prohibir que se impugne el testamento, en caso de que éste sea nulo, conforme a la ley.

Este precepto, está relacionado con lo dispuesto en el artículo 1355º, por último, conviene tener presente, que del mismo modo en que el testamento es nulo, con nulidad absoluta, en los casos especialmente señalados por la ley, también es nula y no produce efecto alguno, la renuncia del derecho de testar, y la cláusula, en que alguno se obligue a no usar de ese derecho, sino bajo

ciertas condiciones, sean éstas de la clase que fueran, así lo dice el artículo 1492°.

Teniendo en cuenta las características fundamentales de la nulidad absoluta y de la nulidad relativa de los actos jurídicos en general, podemos afirmar, que en el testamento todas las nulidades son absolutas, pues de ellas, pueda prevalerse todo interesado, y no pueden desaparecer por la confirmación, o la prescripción, en efecto el testamento viciado de nulidad, sólo puede ser revalidado por el propio testador, con las mismas solemnidades que si lo otorgara de nuevo, pues de lo contrario será nula la revalidación.

La nulidad tampoco desaparece por prescripción, en virtud de que ésta, no puede correr en contra del testador mientras vive, porque él, puede modificar su voluntad hasta el último instante de su vida; ni podría producir el efecto de convalidar un testamento nulo, ni privar a los legítimos herederos, de la transmisión patrimonial, que se produce en el momento mismo de la muerte del testador.

Finalmente, la ley establece las nulidades relativas, respecto de los actos jurídicos bilaterales, o de los unilaterales cuyos efectos han sido ya aceptados, porque se trata de actos ejecutados por las partes, con el propósito de que produzcan efectos jurídicos entre sí, siempre con la posibilidad de que las mismas partes, corrijan o convaliden, mediante actos positivos o abstenciones prescriptivas, los vicios susceptibles de ser corregidos o convalidados, en cambio, en los testamentos, el testador no queda obligado en forma alguna,

desde el punto de vista patrimonial, por la declaración de su voluntad, porque puede modificarla, cuantas veces quiera, hasta antes de morir, y porque sólo produce efectos, a partir del momento mismo de la muerte.

Nulidad Absoluta.- En el artículo 8º del Código Civil, se dispone que los actos ejecutados en contra del tenor de las leyes prohibitivas o de interés público, serán nulos, con éstos elementos, podemos considerar, que en el testamento cuando se persiga un fin lícito por el testador, ejemplo, cuando diga que se destinen sus bienes para la realización de actos que sean inmorales, o delictuosos, estará afectado de nulidad absoluta; los perjudicados por el testamento, podrán invocar en cualquier tiempo la nulidad.

Que la prescripción no puede purgar éste vicio, cualquiera que sea el tiempo transcurrido, tampoco es éste, un acto susceptible de confirmación, porque si el testador revoca su testamento, y hace uno nuevo, donde ya no se contenga aquella finalidad ilícita, no se tratará entonces de una ratificación, sino de un nuevo otorgamiento.

La nulidad absoluta en los testamentos, se puede invocar en cualquier tiempo, ya sea por los presuntos herederos legítimos, es decir por los parientes consanguíneos a quienes perjudica el testamento, o por el Ministerio Público, así como por los instituidos en el testamento como herederos o legatarios.

La ley fija un término para reclamar la herencia, de diez años, y si no se intentare vendría a beneficiar a la Beneficencia Pública, a quien se designa

como heredera, para el caso de nulidad de un testamento, y de que no hayan parientes consanguíneos hasta el cuarto grado, o cónyuge supérstite que conforme a la ley, tiene derecho preferente; esto nos ayuda a intentar la acción de nulidad antes del plazo de diez años.

Tenemos otras causas de nulidad, como la incapacidad, la existencia de vicios de la voluntad, la inobservancia de las formas de un testamento.

Tenemos como elemento de validéz, la nulidad por incapacidad, la capacidad de ejercicio es un elemento, que sólo se requiere para la validéz en los actos jurídicos, así pues, la incapacidad es una causa de invalidez, que origina la nulidad relativa del contrato, o del acto jurídico en general.

La capacidad de ejercicio, no es un elemento esencial en los actos, por cuanto que los celebrados por incapaces, existen jurídicamente, són susceptibles de ratificación para quedar convalidados retroactivamente, o también pueden prescribir la ineficacia que los afecta.

La enajenación mental, origina en los testamentos una forma de incapacidad, pero no es absoluta como en los contratos, por cuando que hay momentos de lucidéz, se permite testar, siempre que el testador se encuentre en un momento así, y bajo las formalidades establecidas en el Código Civil.

En cuanto a la edad, no obstante que el testamento implica un acto de transmisión, es decir de dominio, no sólo de bienes determinados, sino de un patrimonio, se permite al mayor de diez y seis años, ejecutarlo.

Nullidad Relativa.- La tesis que sostiene, que el testamento hecho por un incapáz, está afectado de nulidad relativa, se funda en que la acción es prescriptible, considerando que la herencia, es una acción real, establecido así por el artículo 3º del Código de Procedimientos Civiles, y por lo tanto, tiene un tiempo para ejercitar la acción, esto es de diez años, por lo tanto la acción es prescriptible, y basta ese sólo dato, para calificarla de nulidad relativa.

Nullidad Absoluta. Se asegura esto, tanto porque la acción es prescriptible, tanto porque el testamento no es susceptible de confirmación; se considera que la acción es imprescriptible, porque el precepto del Código Civil, que establece un plazo de prescripción, en los casos de nulidad por incapacidad, o por error, es aplicable en materia de contratos, de obligaciones, pero no en materia de testamentos.

Se argumenta que el testamento hecho en estado de incapacidad, no llega a convalidarse por el tiempo, cualquiera que sea el lapso que transcurra, entre la facción del testamento y la muerte del testador.

No se purga el vicio de incapacidad, porque la ley atiende, al momento en que se hace el testamento, para juzgar de la capacidad. En materia de testamentos, el término de prescripción, no puede comenzar a correr, sino hasta la muerte del testador.

También en materia de testamentos, no es posible la ratificación del acto, pues si el testador declara, cuando ha sido víctima de violencia, error, dolo o cuando ha hecho su testamento, en estado de incapacidad; que ratifica su testamento, no se tratará de ratificación, el testamento surtirá sus efectos, hasta la muerte del testador, y no podrá surtirlos desde la fecha en que se otorgó el acto, como sucede en los contratos.

No hay prescripción, ni ratificación, además la acción puede intentarse, por los presuntos herederos excluidos en el testamento, por el Ministerio Público, por el representante de la Beneficencia Pública, que tiene interés en la herencia, por los herederos o legatarios instituidos a quienes perjudica el testamento, porque no se les reconozca, sino una parte menor, de las que les correspondería como herederos legítimos, deducimos de aquí, que se trata de una acción, que al invocarse por cualquier interesado, es de nulidad absoluta.

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

Aunque en el caso del testamento, debemos recordar, que es una única expresión de voluntad; al ser un acto personalísimo y unilateral, por lo que la enajenación total y la minoría de edad, no pueden dar como resultado la nulidad del acto; sino mas bien su inexistencia, pues en ambos casos, no habrá voluntad para realizar el acto jurídico.

El segundo grado de error el llamado error nulidad, que vicia la voluntad, sí se encuentra en los testamentos, éste error es el que recae sobre el motivo determinante de la voluntad, de tal forma que de haberse conocido, no se hubiese celebrado el acto jurídico. Es error sobre la causa impulsiva y única que determinó la voluntad.

En materia de testamentos, la ley al hablar de la nulidad, menciona sólo el dolo y la violencia; y en un artículo especial, habla de la causa errónea, que sea la única determinante de la voluntad del testador, la cual origina la nulidad del testamento. Según ello, las transmisiones hechas a título universal o a título particular, por una causa errónea que se exprese en el testamento, y que sea la causa impulsiva y única, que determinó la voluntad del testador, quedarán sin efecto jurídico alguno, o sea serán nulas (art 1301º). Es por ello requisito del error-nulidad, que aparezca en el texto y que sea el único que ha determinado la voluntad del testador. Existen para concluir, las mismas tesis de prescripción y absoluta nulidad por dolo.

Las disposiciones de contratos, son aplicables en materia de testamentos según lo dispone el artículo 1859º; conforme el cual, todo lo relativo a contratos, será aplicable a los convenios y a los actos jurídicos, en tanto no contrarie la naturaleza del mismo.

En materia de testamentos, únicamente se dice que es nulo el testamento captado por dolo o por violencia; es decir, que podemos interpretar "captado", como que ha sido falseada la voluntad, esto es, que ha sido víctima de un error

y éste error, es su causa determinante, ya que de lo contrario, no se habría captado.

Esta nulidad es igual a la del error, también podemos decir que es prescriptible a los diez años, por ello podemos considerarla como una nulidad relativa.

Nulidad por violencia.- La violencia en los testamentos, sólo puede ejercerse sobre el testador en su forma físico-moral, sino también sobre sus parientes, sobre su cónyuge, y en cualquiera de los casos, implicará la nulidad del testamento.

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

El artículo 1485° del Código Civil, supone el caso de amenazas, es decir de violencia moral, según el artículo 2228° del citado ordenamiento, la falta de forma exigida por la ley, sino se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión, y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa en los testamentos.

El término de prescripción ⁵⁰ debe contarse a partir del momento de la muerte del testador, de modo que si hizo un testamento, bajo el imperio de la violencia, debe de correr el término de prescripción, no para él, sino para todos aquellos

⁵⁰ Medio de adquirir bienes (Positiva) o de liberarse de obligaciones (Negativa) mediante el transcurso del tiempo, y bajo las condiciones establecidas al efecto por la ley.

que tengan interés jurídico en nulificar el acto. El término de seis meses⁵¹ no podemos aplicarlo, porque se cuenta este término a partir de que cesa la violencia.

Ante dicha dificultad, tenemos que recurrir al término general de prescripción negativa, que según la doctrina debe considerarse aplicable, no sólo para las obligaciones, sino también para las acciones, ya sean éstas reales, personales o de nulidad, siempre y cuando el legislador no señale un término menor.

También conforme a la doctrina es muy claro, ya que si consideramos el precepto que dice, que el acto jurídico, en los actos de violencia, está afectado de nulidad relativa y después, la ley no reglamenta la prescripción de ésta acción, se debe aplicar entonces el término general de diez años; fundamentándonos en las clasificaciones que hace la ley, y en el término máximo de la prescripción negativa.

De acuerdo con la Doctrina y la Jurisprudencia, se concluye entonces que la acción de nulidad es prescriptible.

Por otro lado, el término que impone la ley para ejercitar la acción de petición de herencia, es de diez años. Y en todos los casos en que se ejercite la misma, es necesario pedir primeramente la nulidad del testamento, porque la reclamación de la herencia, será una consecuencia de la nulidad.

⁵¹ Término que corre para los contratos, que se cuenta a partir de que cesa la violencia.

Ya que entre tanto no se nulifique el testamento, que transmite los bienes a determinadas personas, los presuntos herederos legítimos excluidos, no podrán reclamar la herencia.

Para la violencia, la nulidad absoluta encuentra mejores argumentos que para la incapacidad, error o dolo.; pues consideramos que no hay término para ejercitar la nulidad.

En los casos de testamentos hechos bajo el imperio de la violencia, como no es susceptible de ratificación, porque no puede haber efectos retroactivos, encontramos las tres características fundamentales de la nulidad absoluta:

La acción es imprescriptible; no puede desaparecer por la confirmación o ratificación del acto y por último, puede intentarse por cualquier interesado.

Nulidad por falta de forma.- Esta nulidad, tiene su origen en la inobservancia de las formas prescritas por la ley. Recordando que en nuestro derecho los actos jurídicos los clasificamos en solemnes, formales y consensuales.

En cuanto a los testamentos, el principio general nos dice, que són actos jurídicos solemnes, en cuanto que la ley así lo caracteriza por su tipo substancial.

Al determinar las especies de testamento ya explicadas con anterioridad, encontramos que en cada una de ellas, se deben observar determinadas formalidades, cuya inobservancia producirá su anulabilidad. Una de ellas, es que la voluntad del testador conste por escrito; pero excepcionalmente, se

admite que el testamento sea consensual, por cuanto que la manifestación de voluntad del testador puede hacerse en forma verbal, ante testigos, que serán diferentes según sea el testamento.

Nulidad Absoluta o Relativa.- Cuando no se observa la formalidad exigida por la ley, para los testamentos ordinarios o para los especiales, el testamento será nulo.

Volvemos a enfrentarnos con la problemática de si será relativa o absoluta, en el artículo 1491º, se dispone que el testamento es nulo, cuando se otorga en contravención a las formas prescritas por la ley. Recurriendo al capítulo de nulidades de los actos jurídicos, encontramos el precepto que nos dice, que en general la inobservancia de las formas, origina la nulidad relativa del acto jurídico; después existen artículos que són aplicables sólo en materia de contratos, permitiendo ya sea la confirmación o la ratificación del acto, expresa o tácita.

En los casos en que no se observa la forma legal, según disposición del artículo 2234º, sólo es aplicable tratándose de obligaciones y contratos, en cuanto a la prescripción de la acción de nulidad, existe el mismo problema que para la violencia, y por lo tanto la conclusión es semejante.

Quando no se observa substancialmente el molde formal, entonces al omitirse la solemnidad, el testamento será inexistente. Y así lo dice el artículo 2228º, al

decir que la falta de forma establecida por la ley, origina la nulidad relativa del acto jurídico, si no se trata de actos solemnes.

Nulidad.- El acto jurídico puede ser declarado nulo, por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; por vicios del consentimiento, por que su objeto, motivo o fin, sea ilícito, y finalmente porque el consentimiento no se haya manifestado, en la forma en que la ley lo establece.

Nulidad por falta de Capacidad.- Esta se da cuando el sujeto, la parte, el otorgante, el compareciente y el concurrente, tienen una capacidad de ejercicio natural o legal, general o especial. No se trata de la capacidad de goce, pues ésta produce la inexistencia del acto, al Notario corresponde dar fe de la capacidad de los que ante él intervienen. Determinar si tienen o no un impedimento especial, sea para vender o adquirir un inmueble, lo que se conoce en la doctrina como falta de legitimación, o de poder de disposición, pero que en México se regula dentro de la incapacidad general o especial, aunada a ésta certificación de capacidad, el Notario tiene la obligación de certificar la fe de conocimiento o de identificación, de los que ante él intervienen.

Nulidad por vicio de la voluntad.- El Notario como profesional del Derecho tiene obligación de asesorar a las partes, resolver sus dudas y buscar, que en la redacción del instrumento, se plasme la voluntad interna de los que en el concurren, tiene la doble labor, como profesor primero y la del arquitecto del instrumento después, actividades que tienden a evitar el error, dolo, mala fe,

violencia y lesión, que como vicios del consentimiento provocan la nulidad del instrumento.

Nulidad por que la voluntad, no se haya manifestado en la forma establecida por la ley. Es indispensable para que la voluntad de una persona, tenga efectos jurídicos, que ésta se exteriorice verbalmente, por escrito, o por algún signo indubitable; en algunas ocasiones para su validéz, la ley exige, que la voluntad se exprese por escrito en Escritura Pública.

La redacción y elementos de forma de la escritura, se establece en la Ley del Notariado y en algunas disposiciones del Código Civil, que es el conjunto de normas que según algunos tratadistas, han denominado " la forma para la forma".

Es indudable que el perito para la redacción de instrumentos, es el Notario, por sus conocimientos técnicos y jurídicos, quien debe sujetarse a las formalidades de la Ley del Notariado.

V.II.3. Testamento Inoficioso.

Actualmente, el sistema de la libre testamentifacción, permite la transmisión de los bienes y derechos, que no se extingue por la muerte, a las personas que designe el testador, con la limitación de respetar y cumplir las obligaciones alimenticias pendientes, en la fecha del fallecimiento, a los descendientes varones menores de 21 años o mayores imposibilitados para trabajar; y a las

hijas que no hayan contraído matrimonio y vivan honestamente, sin limitación de edad.

El cónyuge supérstite, que siendo varón esté impedido de trabajar, o que siendo mujer permanezca viuda y viva honestamente, a los ascendientes en cualquier grado; a la mujer con quien el testador, vivió en concubinato durante los cinco años precedentes a su muerte, o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hubieran permanecido libres de matrimonio; y a los hermanos y demás parientes colaterales, dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras que no cumplan dieciocho años, si no tienen bienes para subvenir a sus necesidades.

Tan importante limitación se debe a las circunstancias, de que todas las personas mencionados, són acreedores alimentistas del autor, y que su derecho no puede ser burlado a través de ninguna disposición testamentaria. Además la sucesión comprende la universalidad del patrimonio del de-cujus, con cargo a la cual deben ser pagados los alimentos, a las personas a quienes la ley protege, estableciendo así, la inoficiosidad del testamento, para sancionar el incumplimiento de la obligación alimenticia.

V.III. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE SOLEMNIDADES.

V.III.1. Testamento Inexistente.

Según el artículo 2224° del Código Civil, el acto jurídico es inexistente, por la falta de consentimiento o de objeto, que pueda ser materia de ese acto jurídico, ése acto no producirá efecto legal alguno; no es susceptible de valer por confirmación ni por prescripción, y su inexistencia puede invocarse por todo interesado, además la ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición, producen la nulidad del acto.

El maestro Rojina Villegas, en la monografía publicada en el tomo VIII de la revista de la facultad de Derecho de México, correspondiente a los meses de julio a diciembre de 1958, Página 205 y siguientes, afirma que el acto jurídico, puede ser existente o inexistente, válido o nulo, ésta afirmación es exacta y no debe dársele mayor alcance, pues no cabe duda de que el acto jurídico puede existir o no existir, y si existe puede ser válido o nulo. La nulidad a su vez, puede ser absoluta o relativa.

La validéz en cambio no admite grados. El maestro sostiene la doctrina de la inexistencia del acto jurídico, expresando que los elementos esenciales són: 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 acepten la teoría de la inexistencia, diciendo que el llamado acto jurídico inexistente, sí produce ciertos efectos, piensan así, porque no toman en cuenta que dichos efectos, no se producen por el acto, sino por el hecho.

Refiriéndonos concretamente a la inexistencia, el maestro Rojina, dice que tiene tres aspectos; el de ser oponible por cualquier interesado, el de ser imprescriptible y el de ser inconfirmable; así se desprende la afirmación, de que la inexistencia no se intenta en forma de acción o 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 Juéz 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 Juéz simplemente en su sentencia, la reconozca sin declararla; porque la inexistencia no se declara, sino que sólo se reconoce que el acto inexistente no tiene ningún valor jurídico.

Podemos decir que el acto jurídico llamado inexistente, no es acto jurídico, sino un hecho que en si mismo, es la nada jurídica, con apariencia de acto jurídico, el hecho de que se trate, tendrá esa característica, siempre que sea imposible configurarlo jurídicamente, porque carezca de los elementos propios de algún acto jurídico, de tal modo que su inexistencia, pueda ser apreciada por el común de las gentes de modo objetivo, y desde luego, a pesar de la apariencia que se le dé, el derecho no tiene interés en él y su invalidez no requiere declaración judicial alguna, porque se produce por sí misma, es decir, de pleno derecho; por tanto, el acto que no existe jurídicamente, jamás producirá

efectos, y no es susceptible de llegar a valer, ni puede ser invocado para fundar derecho alguno.

Es preciso admitir que ese tipo de actos, no queda comprendido dentro de la connotación general de los actos jurídicos, aunque a través de ellos, se pretenda transformar el orden jurídico o crear efectos de derecho.

Esta última, es la razón doctrinal y legal de su inclusión y de su estudio, dentro de la Ciencia del Derecho, interesada en precisar sus características, precisamente por la posibilidad de su realización; para prevenir y orientar el criterio y la conducta que haya de seguirse respecto a su eficacia, ante la regla de que nadie puede juzgar por sí mismo; ni hacerse justicia por propia mano y teniendo presente, que siempre es necesaria la declaración judicial de invalidez del acto nulo o anulable, cuya apariencia sea bastante para producir efectos jurídicos, tanto de las partes como de los terceros.

Así, cuando apreciamos el matrimonio contraído por personas del mismo sexo, o el contrato de compra venta de una ciudad, o el fraccionamiento y la venta de lotes en la luna; es evidente que se trata de actos, que por su propia naturaleza y por su notoria imposibilidad, son jurídicamente inexistentes y no requieren declaración judicial de invalidez, cualquiera que sea la forma en que se haya celebrado.

Pero cuando se dice que un testamento no fue otorgado por el autor, o que su objeto no puede ser materia de él, será indispensable acudir al Juéz, para que

juzgue si es verdad, lo que del testamento se dice, y para que a través de su sentencia, se establezca la verdad que rijan los efectos de ese acto.

El Código sustantivo, señala las causas de invalidez de los contratos, que por disposición expresa, se aplican también a todos los convenios y otros actos jurídicos, en los que no se opongan a la naturaleza de éste, o a disposiciones especiales de la ley.

Inexistencia.- El acto jurídico es inexistente, cuando carece de los elementos llamados estructurales de esencia o de inexistencia; voluntad y objeto, y la solemnidad en caso de matrimonio o testamento, que son los únicos actos considerados en la Legislación Mexicana como solemnes. En éste caso, el acto jurídico no producirá efecto legal alguno, no es susceptible de convalidar por confirmación ni por prescripción, su inexistencia puede invocarse por cualquier interesado.

Las solemnidades que deben satisfacer el testamento público abierto, son la expresión verbal de la voluntad por el testador, de un modo claro y terminante; la redacción del testamento en el protocolo, la lectura en voz alta y la firma del testador y de los tres testigos, además de la firma y sello del Notario, así como los datos del lugar, como lo son; año, mes, día y hora en que se hubiere otorgado, si falta alguna de éstas solemnidades, el testamento queda sin efecto y el Notario, además de responder de los daños y perjuicios, sufre la pérdida de oficio.

V.III.2. Responsabilidad del Notario Público.

Dice el artículo 1507º, se prohíbe a los Notarios y a cualesquiera otras personas, que haya de redactar disposiciones de última voluntad, dejar hojas en blanco y servirse de abreviaturas o cifras, bajo pena de quinientos pesos de multa a los Notarios y la mitad a quien no lo fuera.

El artículo 1520º dice: "Faltando alguna solemnidad quedará el testamento sin efecto, y el Notario será responsable de los daños y perjuicios, e incurrirá además, en la pena de pérdida de oficio".

En el testamento público cerrado, encontramos la obligación de firmar con los testigos la cubierta del pliego cerrado, en presencia de tres testigos, otra es además de poner su firma, su sello.

Encontramos otra responsabilidad en el artículo 1529º, que indica que sólo en los casos de suma urgencia, podrá firmar uno de los testigos, ya sea por el que no sepa hacerlo, ya por el testador. "El Notario hará constar expresamente esta circunstancia, bajo la pena de suspensión de oficio, por tres años".

Como máximas del comportamiento humano, los juristas romanos establecían: vivir honestamente, dar a cada uno lo suyo, y no causar daños a los demás. La sanción jurídica a la transgresión a la última de estas máximas, tenía como consecuencia la obligación de indemnizar.

La Doctrina reconoce en la responsabilidad civil, los siguientes elementos; la realización de un daño, la culpa y el nexo causal entre ambos, es necesario:

Primero; que se haya causado un daño, material o moral en el sujeto pasivo.

Segundo; que el daño se haya producido, como consecuencia de una actuación negligente o descuidada, por falta de previsión, o con la intención de dañar; es decir, que haya un sujeto culpable.

Tercero; que exista una relación de causalidad, entre la actuación culpable y el daño causado.

La responsabilidad civil del Notario, puede ser contractual, o extra contractual, dependiendo de la causa que lo origine. En la Doctrina Notarial, ha sido causa de discusión, la naturaleza jurídica de la fuente de la responsabilidad, en que puede incurrir el Notario, en la relación establecida con su cliente.

Podemos dividir a los autores, en los que sostienen que es de origen contractual, y los que sostienen, que su fuente es extra contractual; así como los que opinan que tienen los dos elementos, y finalmente los que opinan, que su fuente, es la legislación Notarial, nosotros nos inclinamos a pensar, que su fuente deriva de las dos primeras.

Contractual, por tratarse de un contrato de prestación de servicios profesionales, cuyo clausulado, si no se establece en cada contrato, es suplido por el Código Civil, el Arancel de Notarios y la Ley del Notariado. Su fuente es extra contractual, en relación, con uno de los sujetos que contrata con su

cliente, sea el incumplimiento a la Ley del Notariado, pues esto, da lugar a la responsabilidad disciplinaria que se tiene frente al estado, y no así, a la civil.

No obstante, cuál sea la naturaleza jurídica de la responsabilidad del Notario, se debe considerar que éste, como profesional y técnico del Derecho, requiere de suficiente preparación. Su ejercicio debe corresponder a esa preparación, que supone su calidad profesional y moral; por lo tanto responde, no sólo de la culpa grave y leve, sino también de la levisima. Debe actuar como un buen padre de familia, así la culpa de la que responde, es la levis abstracto, pues el desempeño de su función, debe estar inspirado en un gran sentido de responsabilidad, orden y legalidad.

Resarcimiento de daños y perjuicios.- Comprobado el nexo causal, entre la abstención, conducta culposa o dolosa y el daño, el Notario incurre en responsabilidad, y debe pagar daños y perjuicios.

La teoría de la responsabilidad, regula la culpa y el riesgo, entendemos por daño, el "daño emergente" y por perjuicio el-"lucro cesante".

El daño emergente, es el establecimiento patrimonial al estado anterior, de la realización de la conducta. Y el lucro cesante, lo entendemos, como el pago de las cantidades que dejó de percibir la víctima.

La cuantificación de los daños, se hace incidentalmente, una vez que al efecto, haya sentencia condenatoria.

El Código Civil para el Distrito Federal, define los daños, en su artículo 2108°. Se entiende por daños, a la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio, por la falta de cumplimiento de una obligación.

Se entiende por perjuicio. Art. 2109°: Se reputa perjuicio, la privación de cualquier ganancia lícita, que debiera haberse obtenido, con el cumplimiento de una obligación.

La reparación del daño civil, está garantizada por el Notario, para ello, la ley del Notariado, lo obliga a otorgar fianza en una compañía debidamente autorizada.

La actuación del Notario, está especificada en el artículo 28°, el cual nos dice que debe otorgar anualmente, fianza de compañía legalmente autorizada para expedirlas, a favor del Departamento del Distrito Federal, por la cantidad que resulte, de multiplicar por 1825, el importe del salario mínimo general diario, en el Distrito Federal. La garantía Notarial se aplica entre otros, al pago de la indemnización derivada de la responsabilidad civil.

La responsabilidad civil en que incurre un Notario, nace de la abstención o actuación ilícita, culposa o dolosa, que dé lugar a uno de los siguientes supuestos:

- 1.- Por causar daños y perjuicios, al abstenerse sin causa justa, de autenticar por medio de un instrumento público, un hecho o un acto jurídico.

- 2.- Por provocar daños y perjuicios, en virtud de una actuación notarial morosa, negligente o falta de técnica notarial.
- 3.- Por causar daños o perjuicios, por la declaración judicial de nulidad o inexistencia de un acta o escritura pública.
- 4.- Por originar daños y perjuicios, por no inscribir o inscribir tardíamente en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, una escritura o acta que sean inscribibles, esto es cuando haya recibido de su cliente para tales efectos, los gastos y honorarios.
- 5.- Por el daño material y moral, causado a la víctima o a su familia en la comisión de un delito.

La actuación del Notario, es a petición de parte interesada o sea es un acto rogado, y nunca es de oficio, sin embargo es obligatoria, y no puede abstenerse o excusarse de actuar; sino en aquellos casos expresamente previstos por la Ley del Notariado.

La relación jurídica existente entre el Notario y su cliente, es de tipo contractual, específicamente se trata de un contrato de prestación de servicios profesionales, pudiendo circunstancialmente nacer obligaciones extra contractuales.

El otorgamiento de la fe pública, es un servicio público indispensable, encomendado a un particular profesional del derecho, que es el Notario, por delegación legal a través del poder ejecutivo. Quien al aceptar dicho cargo, lo

hace consciente de la obligación de su desempeño profesional, para cuando para ello, fuere requerido.

También es causa de responsabilidad del Notario, por ocasionar daños y perjuicios, por la declaración judicial de nulidad, o de inexistencia de un acta o escritura pública.

También lo es, si por su culpa o negligencia, se declaró judicialmente nulo o inexistente, el instrumento público por él redactado, si por tener un vicio que lo provoque y este contemplado en el Código Civil, Ley del Notariado u otras leyes.

Responsabilidad penal. El Notario, está sujeto a las penas corporales y económicas que establece el Código Penal para el Distrito Federal, pues no goza de ningún fuero especial, ni tratamiento distinto al común de los ciudadanos, en virtud de su cargo, en cuanto a los delitos susceptibles de cometer por el Notario, en el ejercicio de su función, pueden ser del orden común y fiscales.

Los principales delitos del orden común son:

Revelación de secretos.

Falsificación de o en un instrumento público.

Fraude por simulación de un contrato o de un acto jurídico y abuso de confianza.

En cuanto a los delitos fiscales, encontramos que siempre deben de ser dolosos y nunca culposos, que la pena de los delitos fiscales, no incluye la reparación del daño. La pena establecida en las leyes fiscales, coexiste, independientemente de las penas administrativas, puede haber una y otra, como es el caso de la destitución del Notario; y en las sanciones de los delitos fiscales, no hay ningún interés por la readaptación del delincuente, ni es motivo de agravantes, la reincidencia.

Acta Notarial. Instrumento original autorizado, en el que se relaciona un hecho o un acto jurídico, que es asentado en el protocolo, bajo la fe del Notario, esto a solicitud de parte interesada.

El Notario es responsable civilmente, por la falta de una adecuada identificación de las partes o de la certidumbre de su capacidad, debe por tanto resarcir de daños y perjuicios, por él causados.

Estas certificaciones del Notario constituyen un aspecto medular de la función Notarial, donde queda depositada la confianza de las partes y de la ley.

Precisamente basado en la fe del conocimiento y de capacidad, de los que ante el Notario concurren, hay una especie de seguro de las partes, pues en caso de suplantación o incapacidad de persona, el responsable es el Notario.

V.IV. LA INTERVENCION DEL NOTARIO PUBLICO Y DE LOS TESTIGOS.

El Notario Público, es el titular de la función pública, consistente de manera esencial, en dar fe de los actos jurídicos que ante él se celebran.

La ley del Notariado para el Distrito Federal lo define, como "El funcionario público, investido de fe pública, facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley, a los instrumentos en que se consignent los actos y hechos jurídicos".

La formulación de los instrumentos, se hará a petición de parte, importantísima es la intervención del Notario, para darle la forma que por su solemnidad requiere el testamento, pues además, una incorrecta participación, puede acarrear la nulidad del acto jurídico post-mortem.

Así podemos, según los preceptos de nuestra legislación vigente, encontrar la intervención del Notario, desde el mismo momento de hablar de los incapacitados para testar, como dice el artículo 1306º en su segunda fracción "están incapacitados para testar; fracción II. Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio, aunque el siguiente ordenamiento constituye la excepción al decir que es válido el testamento hecho por un demente, en un intervalo de lucidez, siempre y cuando, se sigan los pasos debidos, donde el Notario tiene trascendental importancia, ya que el artículo 1311º nos dice, "firmarán el acta, además del Notario y de los testigos, el Juez y los médicos que intervinieron para el reconocimiento, poniéndose al pie del testamento, razón expresa, que durante todo el acto, conservó el

paciente perfecta lucidez de juicio, y sin éste requisito y su constancia, será nulo el testamento.

Otro momento donde lo encontramos, es en el Capítulo I, título III, de las formas de los testamentos, y nos indica el artículo 1504º. Tanto el Notario, como los testigos que intervengan en cualquier testamento, deberán conocer al testador o cerciorarse de algún modo de su identidad, y de que se haya en su cabal juicio, y libre de cualquier coacción.

Artículo 1505º. Si la identidad del testador no pudiere ser verificada, se declararía ésta circunstancia por el Notario, o por los testigos en su caso, agregando unos u otros, todas las señas, que caractericen la persona de aquél.

Artículo 1506º En el caso del artículo que precede, no tendrá validéz el testamento, mientras no se justifique la identidad del testador.

Decimos ser un acto personalísimo, revocable y libre.

Es personalísimo, por ser la última voluntad de una persona capaz, es por ello, que no consideramos la posibilidad de que exista un representante, y únicamente podríamos contemplarlo como un ejecutor del testamento, más no como un redactor, en el caso de ser ejecutor, es cuando el testador lo nombra para repartir o dividir sus bienes, como es el caso cuando se deja un testamento a un número ilimitado de personas.

Decimos que es un acto libre, porque no se le puede imponer ninguna restricción, o algún detrimento a esa voluntad.

La formulación de los instrumentos, se hará a petición de parte, importantísima es la intervención del Notario, para darle forma que por su solemnidad requiere el testamento, pues además una incorrecta participación, puede acarrear la nulidad del acto jurídico post-mortem.

Así podemos, según los preceptos de nuestra legislación vigente, encontrar la participación del Notario, desde el mismo momento de hablar de los incapacitados para testar, como dice el artículo 1306º en su segunda fracción que están incapacitados para testar. Los que habitual o accidentalmente, no disfruten de su cabal juicio, aunque el siguiente ordenamiento constituye la excepción, al decir, que es válido el testamento hecho por un demente, en un intervalo de lucidez, siempre y cuando se sigan los pasos debidos, donde el Notario tiene trascendental importancia, ya que el artículo 1311º, dicen que firmarán el acto, además del Notario y de los testigos, el Juéz y los médicos que intervinieron para el reconocimiento, poniéndose al pie del testamento, razón expresa que durante todo el acto, conservó el paciente plena lucidez de juicio, y sin éste requisito y su constancia, será nulo el testamento.

Otro momento donde lo encontramos, es en el Capítulo I, Título Tercero, de las formas de los testamentos, donde el artículo 1504º nos indica que tanto el Notario, como los testigos que intervengan en cualquier testamento, deberán conocer al testador o cerciorarse de algún modo, de su identidad y de que se haya en su cabal juicio, y libre de cualquier coacción.

Art. 1505º.- Si la identidad del testador no pudiere ser verificada, se declararía ésta circunstancia por el Notario o por los testigos en su caso, agregando uno u otros, todas las señas que caractericen la persona de aquél.

Art. 1506º.- En el caso del artículo que precede, no tendrá validéz el testamento, mientras no se justifique la identidad del testador.

Art. 1508º.- El Notario que hubiere autorizado el testamento, debe dar aviso a los interesados luego que sepa la muerte del testador, si no lo hace, es responsable de los daños y perjuicios que la dilación ocasione.

El Testamento Público Abierto, es el que se otorga ante Notario y tres testigos idóneos. Encontramos aquí, otra obligación al decir que redactará por escrito, las cláusulas del testamento, sujetándose estrictamente a la voluntad del testador.

Otra obligación aparece, al decir si el testador es ciego, el Notario tendrá que leer el testamento en voz alta, para que dé su aprobación el testador, además de verificar que se de lectura por segunda vez, por alguno de los testigos.

Una obligación más, es cuando el testador, ignora el idioma del país en donde se encuentra, por lo tanto tratará de escribir de su puño y letra su testamento, el cual será traducido al español por dos intérpretes, el precepto legal, al efecto indica que, la traducción se transcribirá como testamento en el protocolo. ⁵²

⁵² Libro o juego de libros autorizados por el Departamento del Distrito Federal, en los que el Notario, durante su ejercicio, asienta y autoriza con las formalidades de ley, las escrituras y actas notariales que se otorguen ante su fe. Art 42 de la Ley del Notariado para el D. F.

Otra obligación la encontramos en el testamento hecho por sordo mudo, en el que al presentarlo ante cinco testigos, pondrá sobre la cubierta, que allí se contiene su última voluntad, entonces el Notario declarará sobre el acta de la cubierta, que el testador lo escribió así. Si el testador no puede firmar, el Notario deberá dar fe, de la elección que el testador haga de uno de los testigos para que firme por él.

Si faltare alguna de las formalidades, el testamento quedará sin efecto y el Notario será responsable, otro artículo el 1535º nos dice, que cerrado y autorizado el testamento, se entregará al testador, y el Notario pondrá razón en el protocolo; del lugar, hora, día, mes y año, en que el testamento fue autorizado y entregado, si no lo hiciera así, no se anulará el testamento, pero el Notario, incurrirá en la pena de suspensión por seis meses.

Otra obligación la encontramos; cuando un Juéz recibe un testamento cerrado, en el que hará comparecer al Notario y a los testigos que ocurrieron a su otorgamiento.

En cuanto a los testamentos ológrafos, el artículo 1550º en su segunda parte, establece que los testamentos ológrafos, no producirán efecto, si no están depositados en el Archivo General de Notarías, no proporcionará informes acerca del testamento ológrafo depositado en su oficina, sino al mismo testador, a los Jueces competentes que oficialmente se lo pidan y a los Notarios, cuando ante ellos se tramite la sucesión.

Al ser el protocolo, un instrumento de vital importancia en la actuación Notarial, es necesario que hagamos, alguna anotación sobre el mismo:

Etimológicamente, de acuerdo con el diccionario de la Lengua Española, el término protocolo, está compuesto por dos palabras de origen griego: Protos.- Primero y Colao.- Pegar.

Según el diccionario de legislación de Joaquín Estriche. "Entre los Romanos Protocolum, denotaba lo que estaba escrito a la cabeza del papel, de donde solía ponerse el tiempo de su fabricación.

Históricamente, el protocolo surge con Justiniano, que en la novela XLV establecía "también añadimos a la presente ley, que los Notarios, no escriban los documentos en papel en blanco, sino en el que al principio, tenga el nombre del que a la sazón, sea gloriosísimo conde de nuestras sacras liberalidades, la fecha en que se hizo el documento y lo que en tales hojas se escribe, y que no corten el protocolo, sino que lo dejen unido".⁵³

El protocolo, es uno de los elementos de la actuación Notarial, el cual da seguridad jurídica. Sus características deben satisfacer ciertos requisitos legales:

Debe ser un libro encuadernado y empastado, constar de 150 hojas foliadas (300 páginas) y una más al principio y sin numerar, destinada al título del libro;

⁵³ Pérez Fernández del Castillo. Bernardo. "Derecho Notarial". Editorial Porrúa, S.A. México 1985. Pag 87.

para la autorización, número que le corresponda al libro, en la serie de los que sucesivamente reciba el Notario, durante su ejercicio. Número de páginas útiles, inclusive la primera y la última, nombre y apellidos del Notario, lugar de residencia del Notario, ubicación de la Notaria y la fórmula "Este libro solemne, debe ser utilizado por el Notario o por la persona que legalmente lo sustituya en sus funciones, de acuerdo con los artículos 38º y 40º de la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

Apertura.- Se anota la fecha en que se comienza a utilizar el libro y asienta su firma y su sello de autorizar, razones y anotaciones marginales, otras razones que es cuando se haya abierto un protocolo y el Notario sea sustituido o suplido, quien continúe actuando, asentará en la última hoja usada de cada libro, su nombre apellidos firma y sello de autorizar.⁵⁴

Cierre.- Razón de cierre, con el fin de que haya certeza de los instrumentos asentados en el protocolo y no sea alternado su número y circunstancias, la ley exige se anote una razón que debe contener: día y hora de cierre del libro; instrumentos extendidos que no pasaron; que estén pendientes de firma o autorización, numerados y expresando el motivo; la firma y el sello del Notario.

55

Para asentar la razón de cierre el Notario, dispone de 35 días naturales, a partir de la razón de terminación, dentro de los 30 días hábiles siguientes, a la fecha del cierre, el Notario los enviará al Registro Público de la Propiedad y

⁵⁴ Idem. Pag 93.

⁵⁵ Idem. Pag 95.

deberá recabar el recibo correspondiente, al cerrar el libro, el Notario tiene que hacerlo con todos los demás.

A partir de la fecha de la certificación de cierre de un libro, el Notario los conservará durante 5 años en su poder, transcurrido éstos, los entregará definitivamente al Archivo de Notarías.⁵⁶

V.IV.1. Obligaciones del Notario Público.

Entre los hechos que debe consignar el Notario en actas están: Notificaciones, interpelaciones, requerimientos, protestas de documento mercantiles y otras diligencias, donde puedan intervenir según las leyes, deben también ver la existencia, identidad, capacidad legal y comprobación de firmas de personas, identificadas ante el Notario. También hechos materiales, como el deterioro de una finca, por construcción de otra, en terreno contiguo o próximo a la primera; cotejo de documentos, la existencia y detalle de planos, fotografías y otros documentos, y en general toda clase de hechos, abstenciones, estados y situaciones que guarden las personas y cosas, que puedan ser apreciadas objetivamente.

Por otro lado, existe la obligación de la lectura y la explicación del alcance y fuerza legal del instrumento, con lo que se realiza una función de profilaxis judicial, cumpliéndose el aforismo que dice "Notaria abierta, juzgado cerrado".

Se incurre en responsabilidad civil, si por falta de asesoramiento adecuado, lectura o explicación del contenido del documento, existe, error, dolo, mala fe,

⁵⁶ Idem. Pag 156.

violencia o lesión, pudiendo haberse evitado, con una intervención adecuada del Notario, cuidadosa y diligente.

Nulidad porque el objeto, motivo o fin del acto jurídico, sea ilícito; el Notario como perito en Derecho debe conocer la Ley del Notariado, si no también todas aquellas disposiciones relacionadas con el ejercicio de su función, debe vigilar la legalidad de los actos jurídicos otorgados ante él, y evitar que se incurra en ilicitud en el objeto, motivo o fin del mismo, provocando la invalidez del acto.

Su responsabilidad se deriva del dolo o negligencia, en el conocimiento y aplicación de las leyes dispositivas y prohibitivas, que provoquen la nulidad del acto y por lo tanto, la del instrumento.

Al tratar nuestro trabajo de los actos post-mortem sería interesante empaparnos un poco de el último papel que se extiende para una persona, es decir su acta de defunción.

Actas de Defunción.- En el acta de defunción, deberán asentarse los datos que el juez del Registro Civil requiera, o la declaración que se le haga, debiendo ser firmada por dos testigos, prefiriéndose a los parientes o los vecinos, el acta de fallecimiento contendrá:

- 1.- Nombre, apellidos, edad, ocupación y domicilio que tuvo el difunto.
- 2.- El estado civil de éste, y si era casado o viudo, el nombre y apellido de su cónyuge.

- 3.- Los nombres, apellidos, edad, ocupación y domicilio de los testigos, y si fueren parientes, el grado en que lo sean.
- 4.- Los nombres de los padres del difunto.
- 5.- La clase de enfermedad que determinó la muerte, y específicamente, el lugar en que se sepulte el cadáver.
- 6.- La hora de la muerte, y todos los informes que se tengan en caso de muerte violenta.

Dispone el Código Civil, que ninguna inhumación se hará sin autorización escrita, dada por el Juéz, quien se asegurará suficientemente del fallecimiento, con certificado expedido por médico legalmente autorizado.

No se procederá a la inhumación, sino después que transcurran 24 horas.

Dentro de este tema de la intervención del Notario cabría mencionar, algunas connotaciones del término Notario.

El Notario tiene obligación de prestar sus servicios personalmente, cuando se trate de satisfacer demandas inaplazables de interés social; el Notario, cuando inicie sus funciones, tiene obligación de dar aviso por escrito a la Dirección Jurídica y de Gobierno, al Registro Público de la Propiedad y al Colegio de Notarios.⁵⁷

El Notario está obligado a guardar reserva de los actos otorgados o de los hechos que consten ante su fe, sin embargo puede dar informes cuando así se

⁵⁷ Idem, Pag 149.

lo pidan las leyes y también cuando se trate de actos inscribibles en el Registro Público de la Propiedad, pero el Notario, debe abstenerse de dar información de los actos y hechos que consten en su protocolo, mas que a la persona legalmente interesada.

Los investigadores de crédito, en ocasiones ocurren a las Notarias a pedir información, pero a estas personas hay que enviarlas al Registro Público de la Propiedad. La obligación de reserva del Notario, tiene su correlato en el derecho a la reserva, que tienen los otorgantes, o los comparecientes de un instrumento público.

El respeto a la facultad de reserva, se protege por la ley de tal manera que, al inspector le está prohibido examinar el contenido del asunto y de las declaraciones, sólo podrá enterarse de su contenido, cuando se trate de la inspección en especial de una escritura o un acta y sea un hecho o un acto reservado a registro.

Así mismo se garantiza este derecho, inclusive en el archivo de Notarias, al que tiene acceso el público, que sólo es público, con documentos con más de setenta años de antigüedad.⁵⁸

También tienen los Notarios, la obligación de explicar las consecuencias legales del acto, que ante él se otorgue; además de orientar a las partes, ésta obligación de explicar, es una de las certificaciones que otorga el Notario; esta obligación es, si el Notario otorga una escritura de revocación o renuncia de

⁵⁸ Idem. Pag 178.

poderes o se revoque, rescinda o modifique un acto contenido en una escritura, debe comunicarlo por escrito; también cuando se otorgue un testamento público abierto o cerrado, el Notario dará inmediatamente aviso a la sección de Archivo de Notarías de la Dirección General del Registro Público de la Propiedad, se tramita la inscripción de los testimonios de escrituras públicas o de actas Notariales, cuando proceda, el Notario tiene la obligación de llevar a cabo éste trámite, siempre y cuando, sea en el Registro del Distrito Federal y haya sido solicitado y expresado por sus clientes; el Notario, sólo puede autorizar escrituras o actas de protocolo, no puede actuar en ningún otro instrumento. ⁵⁹

V.IV.2. Idoneidad de los Testigos.

Testigo (Del Latín: *Testificare*; Atestiguar).

En los testamentos: El que interviene como fedatario, testigo instrumental de conocimiento, o legal, en un testamento, a instancias de la ley y para su validez.⁶⁰

Deberes fundamentales del Notario y de los testigos testamentarios.- Consisten en cerciorarse de algún modo, de la identidad del testador, si no lo conocen, y de que se haya en su cabal juicio y libre de cualquier coacción (artículos 1504º a 1506º).

⁵⁹ Idem. Pag 313.

⁶⁰ Enciclopedia Salvat Tomo 12

Estos deberes s3n esenciales, y su incumplimiento invalida o puede invalidar el testamento.⁶¹

Sin embargo, debe entenderse que tanto el Notario como los testigos, cumplen con los deberes, satisfaci3ndolos en la forma en que les sea personalmente posible y de acuerdo a su propio criterio, considerados como personas prudentes y de buena fe, pues como es natural, no podr3a exigirse que el Notario o los testigos se convirtieran en peritos, o se auxiliaren de 3stos, para cerciorarse de los extremos que la ley se3ala, basta para este efecto, el aspecto exterior y la forma de comportarse del testador.

Los testamentos se clasifican tambi3n en notariales y no notariales, seg3n sea o no, obligada la intervenci3n del Notario P3blico, en su otorgamiento.

Seg3n el C3digo Civil para el Distrito y Territorios, los testamentos Notariales s3n el P3blico Abierto y el P3blico Cerrado.

En los testamentos ante Notario de acuerdo con el cr3terio de la Sala Primera del Tribunal Superior de Justicia, deben distinguirse los requisitos solemnes y los que son de verdadera forma. Esto es actos ad-solemnitatem causa y ad-probatotem causa, siendo los primeros aquellos cuya gravedad y trascendencia exigen se les rodee de formalidades impresionantes, por lo cual es de la misma importancia que el Notario escriba personalmente, o no, las cl3usulas de un testamento.

⁶¹"Derecho Notarial" Op. Cit. Pag 345

En compañía de los testigos instrumentales y en presencia del testador, en voz alta y en representación de funciones públicas, dé lectura al testamento, y concluída ésta, el testador manifieste su conformidad, por que el hecho de escribirlo el Notario es un detalle de forma, que si faltare no tiene consigo la nulidad, y en cambio lo segundo es una verdadera solemnidad que no se puede dispensar, y que si se omite deja sin efecto el testamento.

Las declaraciones de los testigos no pueden omitirse, ya que son características impuestas por la ley, aunque la fe del Notario este incesariamente completada, debiendo concluirse, sin embargo, que por encima de la declaración de los testigos, esta la fe del Notario, en el desarrollo y para la validéz del acto solemne.⁶²

La concurrencia de los testigos en el testamento notarial no es, sin embargo, un simple requisito formal, ni de efectos meramente probatorios, sino que tiene una mayor trascendencia, pues es un requisito substancial, del que no se puede prescindir, no obstante la intervención notarial, ya que su falta acarreará en cualquier caso la nulidad del testamento.

Decimos de lo anterior, que es una solemnidad esencial, y por lo tanto, inexcusable.

⁶² Anales de Jurisprudencia. T. LXXXII, Pag, 123, año XXII, Segunda Epoca, Enero-Febrero-Marzo, 1955.

El testamento hecho por mexicanos, en país extranjero, puede ser notarial o no, dado que puede hacerse ante un Notario del lugar donde se encuentre, o ante los funcionarios competentes del servicio exterior.

Los testamentos no notariales, son todos aquellos que con arreglo al Código Civil, deben considerarse como especiales, esto es, el privado, el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero, además del ológrafo que figura entre los ordinarios.

Con todo esto podemos concluir, que la intervención de los testigos es una formalidad, solemne.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES.

I.- El acto de testar, es personal y solamente tendrá el auxilio de un notario publico o de quien haga sus veces, dado que la persona que dispondrá de sus bienes, derechos y obligaciones actuara, con absoluta libertad, teniendo la certeza de a quien o a quienes dejara su goce y disfrute.

II.- Al ser este un acto jurídico, esencialmente revocable, el titular puede hacer los cambios que convengan a sus intereses, inclusive anularlo por completo.

III.- El testamento es un acto de profunda responsabilidad, ya que sin este se derivan infinidad de complicaciones y con una correcta estructuración del mismo, evitamos confusiones o malos entendidos, como en Instituciones tan importantes como la familia: en donde podremos reconocer legalmente a un hijo, con todas sus implicaciones jurídicas, como lo es, el de poder heredar, aun sin tener la aceptación de terceros.

IV.- El testamento como un documento personal, al estar bien estructurado, evita litigios de duración indefinida, y se impone como única ley, en el tramite sucesorio, cumpliendo la voluntad del testador.

V.- Todos tenemos el derecho y la obligación de testar, así como de heredar, inclusive de aceptar o negar dicha herencia, englobado en la llamada masa hereditaria, todos los bienes, derechos y obligaciones, acumulados en nuestro actuar, por lo que la ley dispone ciertas restricciones para ambos casos.

VI.- Al hablar de los requisitos del testamento, nunca debemos olvidar, que en como en todo, es necesario guardar un riguroso orden, sin dicho orden, no puede existir un testamento perfecto, y por lo mismo, llegado el momento, se convertirá en un instrumento lleno de fallas y problemas, por lo que la ley permite tener la opción de escoger el tipo de testamento, que nos sea mas cómodo realizar, ya por su forma, o ya sea por su tramite.

VII.- Es necesario informar a la ciudadanía, clara, escueta y de forma sencilla, como se debe de elaborar un testamento, propongo que esto se podría realizar, por medio de folletos ubicados en todas y cada una de las notarias, informando por los medios masivos de comunicación de su existencia y forma de obtención.

VIII.- Para la elaboración de dichos folletos se propone, que el colegio de notarios, implemente una comisión, para evaluar el contenido de los mismos, para de esta manera darle la pauta al gobierno federal de su difusión masiva.

IX.- El tener la posibilidad de realizar varios testamentos, es con el fin de que el testador, realmente deje los frutos de toda su vida, a quien el lo desee, y así pueda corregir algún error que haya tenido e, no tanto por presión física, sino por convicción moral o afectiva, y de esta manera pueda hacer una decisión mejor, recordando que será su ultima voluntad la que persista.

X.- La nulidad del testamento por falta de los requisitos de forma, establecidos por el código civil, es siempre causa de responsabilidad civil e inclusive penal de el notario, acarreando como consecuencia, la nulidad del acto, con la excepción, de que cuando en dicho acto, existía una disposición hecha a favor de la beneficencia, esta subsistirá.

XI.- Dentro del vital papel que desempeña el notario, dentro del acto jurídico llamado testamento, encontramos la imperiosa obligación, para con el testador, de informarle sobre las disposiciones que puedan afectar de nulidad, ya sea al acto en su totalidad, o ya sea a la misma institución de herederos o legatarios.

XII.- Al hacer un balance de la forma de hacer el testamento, podemos darnos cuenta, que el único rigurosamente notarial, es el público abierto, porque es el que se otorga físicamente ante el notario, pues en el público cerrado, su intervención en el acto de última voluntad, se limita a dar fe de que el documento que la contiene se haya en el sobre, y solo redactará en el acta respectiva, haciendo constar dicha circunstancia.

XIII.- Tiene fundamental importancia la actuación notarial, ya que este, será el instrumento por el que la autoridad participe en el último acto en vida, de un particular. Esto es porque el notario investido de fe pública, es el conocedor del derecho, y el derecho es el conjunto de lineamientos que llevan al orden de la vida en colectividad, por lo tanto es obligación del conocedor, externar al solicitante los puntos correctos a seguir, para que su última voluntad prosiga dentro del camino de la rectitud, y del orden social.

XIV.- Al hablar de los testigos, después de que se haya cumplido con los requisitos de idoneidad, sus intervención, servirá tanto como de solemnidad, y tendrá como significado, la presencia que tiene la sociedad en el acto de última voluntad y su razón de ser, se sustenta en verificar el correcto desarrollo del acto de testar, sin ejercer coacción de ninguna especie.

XV.- En la practica, nos hemos dado cuenta que las notarias son insuficientes, dado el alto crecimiento poblacional, que para el siglo XXI tendremos en le país, y cuyos habitantes requerirán mayor atención en el proceso de testar, por lo que se propone ampliar el numero de notarias, para que la sociedad mexicana en su conjunto, sea la beneficiada.

XVI.- Se propone replantear, a nivel colegiado, la estructura de la Ley del notariado, a efecto de revisar los impuestos que genera el testamento, ya que es un motivo trascendente del porque la gente no realiza su testamento, ya que resulta en la actualidad, demasiado oneroso para el que lo realiza.

XVII.- Los responsables del derecho, debemos inculcar en los ciudadanos, la obligación de formular un testamento, sin que exista motivo imperioso para realizarlo, dejando así, a un lado los viejos tabúes, de que el testar, conlleva a la muerte. Y recordar que todo individuo que a lo largo de su vida, ha seguido los lineamientos normativos, y que sabe, lo importante que es llevar todo en orden, no puede dejar de preparar su ultimo acto en vida, al hacer un testamento, será como su voluntad trascienda, sin olvidar que la muerte, "es el único viaje, en donde dejamos las maletas", y que mejor que esas maletas, que serán el resultado de nuestros créditos y deudas, estén lo mas ordenados posible.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFÍA

1. **Anales de Jurisprudencia.** T LXXXII, Pág. 123 Año XXII, Segunda Época, Enero, Febrero, Marzo, 1955.
2. **Araujo Valdivia Luis.** "Derecho de las Cosas y Derecho de las Sucesiones" Editorial Cajica. México, 1973.
3. **Arellano García Carlos.** "Práctica Forense Civil y Familiar" Editorial Porrúa, S.A. México 1990.
4. **Becerra Bautista José .** "El proceso civil en México" Editorial Porrúa, S.A. México, 1986.
5. **Bejarano Sanchez Manuel.** "Obligaciones Civiles" Editorial Horla. Tercera Edición. México 1981.
6. **Borja Soriano Manuel.** "Teoría General de las Obligaciones" Editorial Porrúa, S.A. México, 1985.
7. **Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común, y para toda la República en materia Federal de 1870.**
8. **Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común, y para toda la República en materia Federal de 1884.**
9. **Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común, y para toda la República en materia Federal de 1928.**
10. **Código de procedimientos civiles para el Distrito Federal.**
11. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.**
12. **De Pina Rafael.** "Derecho Civil Mexicano" Editorial Porrúa, S.A. México 1966
13. **Diccionario Enciclopédico Uthea.** Tomo X Tor-Zim Unión Topográfica Editorial Hispano Americana Reimpresión de 1953.
14. **"Enciclopedia Jurídica Omeba"** Editorial Driskil, S.A. Buenos Aires 1979.

15. "Enciclopedia Salvat" Tomo 12 SUPE Z Editorial Salvat México 1978
16. Galino Garfias Ignacio. "Derecho Civil" Editorial Porrúa, S.A. México, 1985.
17. Lemus García Maynez Eduardo "Introducción al Estudio del Derecho" Editorial Porrúa, S.A. México, 1985.
18. Lemus García Raúl. "Derecho Romano"
19. Ley del Notariado para el Distrito Federal.
20. López Reyes Amalia y Lozano Fuentes José Manuel. "Historia de México" Compañía Editorial Continental, S.A. de C.V. México 1983.
21. Margadant S. Guillermo F. "Derecho Romano" Editorial Esfinge. México, 1985.
22. Obregon Heredia Jorge. "Diccionario de Derecho Positivo Mexicano" Editorial Obregon y Heredia, S.A. México, 1982.
23. Ots y Cadequi José María. "Historia del Derecho Español en América y del Derecho Indiano." Editorial Biblioteca Jurídica Aguilar. Madrid, 1989.
24. Pérez Fernández del Castillo Bernardo. "Derecho Notarial" Editorial Porrúa, S.A. México 1985
25. Picon Salas Mariano "De la Conquista de la Independencia" Editorial FCE. México.
26. Recasens Siches Luis. "Introducción al Estudio del Derecho" Editorial Porrúa, S.A. México 1981
27. Rojina Villegas Rafael " Compendio de Derecho Civil Tomo I" Editorial Porrúa, S.A. México 1979.
28. Rojina Villegas Rafael " Compendio de Derecho Civil Tomo II" Editorial Porrúa, S.A. México 1979.
29. Rojina Villegas Rafael " Compendio de Derecho Civil Tomo IV Sucesiones." Editorial Porrúa, S.A. México 1979.

30. **Soto Alvarez Clemente.** " Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil" Editorial Limusa. México 1979.

31. **Tena Ramírez Felipe.** "Leyes Fundamentales de México 1808-1987" Editorial Porrúa, S.A. México, 1980.