



944
28

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL**

**EL TESTAMENTO OLOGRAFO COMO GENERADOR
DE SEGURIDAD JURIDICA, EN SU ELABORACION,
REDACCION E INSTITUCION DE HEREDEROS.**

FALLA DE ORIGEN

T E S I S

QUE PARA OPTAR AL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

MARTHA PATRICIA VELASCO CONTRERAS

MEXICO, D. F.

1995



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 esta 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.

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

Cd. Universitaria, D.F., a 24 de noviembre de 1994

C. DIRECTOR GENERAL DE LA
ADMINISTRACION ESCOLAR DE
LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

La alumna MARTHA PATRICIA VELASCO CONTRERAS, pasante de la carrera de Licenciado en Derecho, ha estado inscrita en este Seminario a mi cargo, a fin de elaborar la tesis profesional intitulada "EL TESTAMENTO OLOGRAFO COMO GENERADOR DE SEGURIDAD JURIDICA, EN SU ELABORACION, REDACCION E INSTITUCION DE HEREDEROS".

Después de haber leído el trabajo recepcional aludido, estimo que satisface los requisitos que exige el Reglamento de Exámenes Profesionales y de Grado Aplicable, por lo que considero que pueda ser imprimido para su ulterior sometimiento a síndico en el examen profesional correspondiente.

Aprovocho la oportunidad para reiterarle las seguridades de mi más alta y distinguida consideración.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO CIVIL

A t e n t a m e n t e
POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU
El Director del Seminario


LIC. JOSE FERRERO FIGUEROA.

JBF/sci

Gracias a ti, Señor, por haberme permitido llegar a una de mis más preciadas metas.

No es fácil, sin embargo, gracias a ustedes, he llegado a la culminación de una etapa más de mi vida.

A ustedes que nunca me han dejado sola, y que siempre han estado dispuestos ayudarme y apoyarme, y que nunca han dejado de tenderme su mano. Con todo el amor, respeto, admiración, cariño, y con inmenso agradecimiento de siempre, les dedico el presente como una pequeña recompensa a todos sus esfuerzos.

A mis padres:

Eduardo y Josefina.

Por el significado que tienen en mi vida, y por el amor y cariño de siempre, a ustedes les dedico de igual forma el presente, externándoles mi gratitud a su gran apoyo.

A mis hermanos:

Eduardo, José Luis y Teresa.

Con respeto, admiración y reconocimiento a los forjadores de mi carácter profesional, por su enseñanza y dedicación. Gracias infinitas a todos ellos.

A mis profesores.

Es hermoso concluir una de las metas más grandes de mi vida, y tan grande y valioso es haber tenido a mi lado a una persona que dió su ayuda y cooperación a lo largo de toda la carrera. A ti que siempre has estado a mi lado:

José Luis García Rebollo.

Por el considerable apoyo incondicional y comprensión que tuvieron en todo momento. A mis compañeros de trabajo:

Lic. Marco Aurelio Alvarez Figueroa

Lic. Juan Rafael Murillo Bagatella y

Martha Patricia Fierro Pérez.

Gracias a la Universidad por haberme dado la oportunidad de seguir estudiando, y a la Facultad de Derecho por ser el camino al conocimiento, a la equidad y al éxito.

Mi reconocimiento al Honorable Jurado.

Mi agradecimiento a todas aquellas personas, familiares y amigos, que de una forma u otra, me alentaron para alcanzar la culminación de mi carrera.

EL
TESTAMENTO
OLOGRAFO
COMO
GENERADOR
DE
SEGURIDAD
JURIDICA,
EN
SU
ELABORACION,
REDACCION
E
INSTITUCION
DE
HEREDEROS.

**EL TESTAMENTO OLOGRAFO COMO GENERADOR DE SEGURIDAD JURIDICA,
EN SU ELABORACION, REDACCION E INSTITUCION DE HEREDEROS.**

I N T R O D U C C I O N .

C A P I T U L O I

GENERALIDADES SOBRE EL DERECHO SUCESORIO.

1.- EL DERECHO SUCESORIO EN EL DERECHO ROMANO	1
2.- EL DERECHO SUCESORIO EN EL DERECHO GERMANICO	20
3.- EL DERECHO SUCESORIO EN EL DERECHO FRANCES	32
4.- EL DERECHO SUCESORIO EN EL DERECHO ITALIANO	40
5.- EL DERECHO SUCESORIO EN EL DERECHO ESPAÑOL	50

C A P I T U L O II

EL DERECHO SUCESORIO EN NUESTRA LEGISLACION.

1.- EL DERECHO SUCESORIO EN LA EPOCA PRECOLONIAL	60
2.- EL DERECHO SUCESORIO EN LA EPOCA COLONIAL	66
3.- EL DERECHO SUCESORIO EN LA EPOCA INDEPENDIENTE	73
a) CODIGO CIVIL DE 1870 y 1884	74
b) LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES	82
c) CODIGO CIVIL DE 1928	85

C A P I T U L O I I I

LA SUCESION TESTAMENTARIA EN EL CODIGO CIVIL DE 1928.

1.- CONCEPTO DE SUCESION TESTAMENTARIA	88
2.- DEFINICION DE TESTAMENTO	90
3.- SUPUESTOS JURIDICOS	93
4.- CAPACIDAD E INCAPACIDAD PARA TESTAR	97
5.- CAPACIDAD E INCAPACIDAD PARA HEREDAR	101
6.- ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y DE VALIDEZ EN EL TESTAMENTO COMO ACTO JURIDICO	104
7.- CARACTERISTICAS DEL TESTAMENTO	105
8.- LIBERTAD DE TESTAR Y OBLIGACION DE ALIMENTAR	113
9.- CONTENIDO DEL TESTAMENTO	116
10.- FORMAS DE LA INSTITUCION: HEREDERO Y LEGATARIO	117
11.- SUSTITUCIONES	120
12.- DISPOSICIONES GENERALES SOBRE LAS FORMALIDADES DE LOS TESTAMENTOS	122
13.- CLASES DE TESTAMENTOS	125
a) TESTAMENTOS ORDINARIOS	126
1) PUBLICO ABIERTO	126
2) PUBLICO CERRADO	131
3) TESTAMENTO OLOGRAFO	137
b) TESTAMENTOS ESPECIALES	139
1) PRIVADO	140
2) MILITAR	144
3) MARITIMO	145
4) HECHO EN PAIS EXTRANJERO	147

C A P I T U L O I V

EL TESTAMENTO OLOGRAFO COMO GENERADOR DE SEGURIDAD JURIDICA, EN SU ELABORACION, REDACCION E INSTITUCION DE HEREDEROS.

1.- DEFINICION LEGAL	152
2.- CAPACIDAD PARA TESTAR ESPECIFICA	152
3.- REQUISITOS DE VALIDEZ	153
4.- REQUISITOS PARA QUE SURTA SUS EFECTOS	155
5.- SEGURIDAD JURIDICA EN SU ELABORACION, REDACCION E INSTITUCION DE HEREDEROS	155
a) FORMALIDADES	158
b) SEGURIDAD JURIDICA PARA NACIONALES Y EXTRANJEROS ...	160
c) EFECTOS JURIDICOS SIN INTERVENCION DE NOTARIO NI DE INTERPRETES	161
d) SEGURIDAD JURIDICA DEL TESTAMENTO DESPUES DE SU DEPOSITO EN EL ARCHIVO GENERAL DE NOTARIAS	162
e) SEGURIDAD JURIDICA EN LA TRAMITACION DE JUICIOS SUCESORIOS	166
f) DECLARACION DE FORMAL TESTAMENTO	168
g) CONVENIENCIA DE SU PROPAGACION A NIVEL NACIONAL HACIENDO PATENTE SU SEGURIDAD JURIDICA	169
JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE TESTAMENTO OLOGRAFO	175
C O N C L U S I O N E S	176
B I B L I O G R A F I A	180

I N T R O D U C C I O N .

En el presente trabajo se estudiarán primeramente las generalidades del Derecho Sucesorio en sentido restringido, esto es, la sucesión mortis causa, la cual consiste en la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones de una persona a su muerte a una o más personas, quienes reciben el nombre de herederos. Esta sucesión puede ser: Legítima o Testamentaria.

Del análisis se desprende la importancia en esta materia del Derecho Romano, destacando su rígida solemnidad y sus principios; ya que este Derecho es el fundamento de nuestro Derecho en general, y en este caso, del Derecho Sucesorio, así como el antecedente del testamento ológrafo, el cual fue el testamento extraordinario que permitió el Corpus Iuris Civilis cuando una persona testaba a favor de sus hijos. También veremos el desarrollo del Derecho Germánico en esta materia, y como pasa del Derecho Consuetudinario al Derecho Escrito, destacando su rasgo característico de la copropiedad familiar, y sus instituciones especiales como los contratos sucesorios, los testamentos mancomunados y los contratos sucesorios mancomunados; los cuales no son admitidos en nuestro Derecho Civil vigente. Estudiaremos también como se regulan las sucesiones en Francia, en donde se desprende la trascendencia de la sucesión legítima, por medio de la cual la ley concede el nombre de heredero, ya que por testamento sólo se reconocen legatarios, así como el origen del testamento ológrafo moderno. Posteriormente, se estudiará el Derecho Sucesorio en Italia, que tiene sus orígenes y fundamento en el Derecho Romano, y

específicamente en la Ley de las XII Tablas, pero es menos rigorista que éste, y admite el testamento ológrafo que fue aceptado primeramente en Francia, y nos señala algunas disposiciones que se deben de cumplir al otorgar otra clase de testamento, como la intervención de notario, y al ser todo su Derecho escrito, no se admiten los testamentos orales que se admitieron en el Derecho Romano. Y finalmente analizaremos el Derecho Sucesorio en España, en donde sólo se prevé la custodia oficial del testamento ológrafo otorgado en país extranjero por un español, y en las otras clases de testamento se requiere la participación de determinadas personas para que autoricen el acto; como los testigos y los notarios, o en su caso, los agentes diplomáticos o consulares que hacen las veces de notarios respecto de los españoles, y todo el Derecho Sucesorio atiende al requisito de la escritura, no admitiéndose del mismo modo los testamentos orales.

Y en general se destaca, la capacidad e incapacidad para testar y para heredar, definiciones de testamento, formas de testamentos, legados, sustituciones, revocación, nulidad, así como las disposiciones que regulan la sucesión legítima, etc, en cada una de las legislaciones de los países de estudio.

En el segundo capítulo veremos como fue el desarrollo del Derecho Sucesorio en nuestro país, iniciando con la información que se tiene de este Derecho en la época Precolonial, en donde destacan las sucesiones Mayas y Aztecas. Posteriormente analizaremos como se regularon las sucesiones en la época de la Colonia, en donde predominó el Derecho Romano-Germánico que los españoles trasladaron a la Nueva España; ya que en España lo tenían como origen y fundamento, y crearon el Consejo de Indias, destacando el testamento privilegiado de indios, y establecieron las encomiendas y los

cacicazgos. Más adelante veremos la época Independiente de México así como su primera Constitución, y los Códigos civiles de 1870, que regió el sistema de la legítima, y el de 1884, que cambió al principio de la libre testamentifacción, así como el de 1928, publicado en 1932, que es el que está vigente, que incluyó como novedad al testamento ológrafo como una de las formas ordinarias de testar.

En el capítulo tercero veremos como se regula específicamente la sucesión testamentaria en nuestro Código civil vigente, la cual es una especie de la sucesión mortis causa, que se produce mediante la expresión de la última voluntad de un testador, manifestada en cualquiera de las clases de testamentos previamente establecidas por el legislador, y se destaca la libre disposición de bienes para después de la muerte del testador, con la sola limitación de dejara alimentos a personas determinadas y bajo las condiciones que señala la ley.

Y finalmente, en el cuarto capítulo señalaremos específicamente las disposiciones correspondientes al testamento ológrafo, que es el escrito de puño y letra del testador, estudiaremos y expondremos sus formalidades, sus requisitos, su seguridad jurídica, sus ventajas, y la conveniencia que pensamos que tiene esta clase de testamento en nuestro país, aceptando como positiva la novedad que introdujo el Código civil vigente, el testamento ológrafo como una forma ordinaria de testar.

EL TESTAMENTO OLOGRAFO COMO GENERADOR DE SEGURIDAD JURIDICA,
EN SU ELABORACION, REDACCION E INSTITUCION DE HEREDEROS.

C A P I T U L O I

GENERALIDADES SOBRE EL DERECHO SUCESORIO

1.- EL DERECHO SUCESORIO EN EL DERECHO ROMANO.

En el Derecho Romano las sucesiones se regulaban por las disposiciones establecidas en la Ley de las XII Tablas, que posteriormente fueron modificadas y complementadas por el Derecho Pretorio y las Constituciones Imperiales, que señalaron que las sucesiones podían ser: Inter vivos o mortis causa. Las inter vivos se referían a las relaciones jurídicas que el autor en vida celebraba con una o más personas, y las mortis causa, que son las que estudiaremos, se referían a la transmisión de la personalidad así como del activo y pasivo del patrimonio del de cuius (de cuya herencia se trata) efectuada después de su muerte a una o más personas que recibieron el nombre de herederos. Esta sucesión podía ser: Testamentaria o Ab intestato, también llamada legítima.

El Tratadista Eugene Petit nos comenta en relación a las sucesiones, que la sucesión testamentaria en el Derecho Romano tenía su origen necesariamente en el testamento, y cita a Ulpiano que dió la siguiente definición, "... La manifestación

legítima de nuestra voluntad, hecha solamente para hacerla válida después de nuestra muerte ..." (1), y el Maestro Guillermo Floris Margadant S. cita a Modestino quien dió esta definición, "... Justa declaración de nuestra voluntad respecto de lo que queremos que suceda después de nuestra muerte ..." (2).

Estas definiciones no señalan quien debe cumplir las disposiciones contenidas en el testamento, es decir, no contemplan la institución de heredero.

Continuando con Eugene Petit, nos comenta que el testamento fue considerado como un acto unilateral de voluntad, revocable y sobre todo solemne y que sería válido únicamente para después de la muerte de su autor, llamado de cuius.

El testamento se podía realizar de acuerdo con el Derecho Civil o Ius Civile, de las formas siguientes:

Calatis comitiis ante los comicios por curias, que eran convocados específicamente para participar en el otorgamiento de un testamento y debían ser presididos por los Pontífices, ya que eran los encargados, de entre otras cosas, de la conservación de la sacra privata. El testamento tenía que ser autorizado por los mencionados comicios, y solamente se podían otorgar en Roma y en alguna de las dos ocasiones determinadas por año.

(1) "Tratado Elemental de Derecho Romano", Traducción de la Novena Edición Francesa, Traducción del D. José Ferrández González, Sexta Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1990, p. 514.

(2) "El Derecho Privado Romano", Décima Edición, Editorial Esfinge, S. A., México, 1981, p. 403.

Otra forma de testamento era el in procinctu, el cual sólo se practicaba en tiempo de guerra ante los integrantes del ejército, quienes asumían el carácter de testigos. El jefe de familia que era soldado y quería testar debía declarar su voluntad a los miembros del ejército, y se podía realizar en cualquier lugar sin necesidad de ser en Roma.

Exlstiendo estas dos formas de testar únicamente, el paterfamilias podía quedar intestado si no hacía su testamento ante los comicios en las dos ocasiones anuales o en tiempo de guerra; por esta razón se destacó la necesidad de establecer otra forma de testar. Y así surge el testamento mancipatorio o per aes et libram. El Maestro Guillermo Floris Margadant S. nos comenta, que éste era el testamento por el cual una persona que era el vendedor-testador celebraba un contrato de compraventa con otra llamada familiae emptor, quien compraba el patrimonio en forma de mancipatio, con efectos suspensivos hasta la muerte del vendedor-testador, y se realizaba ante testigos, libre pens y balanza. (*)

Por su parte la Profesora Sara Bialostosky en su obra "Panorama del Derecho Romano", nos menciona que eran cinco los testigos que debían intervenir en este testamento. (**)

Mediante la compraventa el familiae emptor, quien era una persona ajena a la familia del vendedor-testador, ya que con ningún integrante de su familia podía celebrar la mancipatio, adquiría el carácter de propietario, a quien el vendedor-testador le pedía que cumpliera con su voluntad después de su muerte.

(*) Confr. Ob. Cit. p. 467.

(**) Confr. Universidad Nacional Autónoma de México, Imprenta Universitaria, Segunda Edición, 1985, p. 221.

El problema de este testamento, era que no se contaba con medio jurídico para revocarlo, ya que se trataba de un contrato y en consecuencia bilateral, y podía no ser tan eficaz.

Posteriormente se perfecciona éste y el familiae emptor ya no era propietario del patrimonio, únicamente pasaba a ser depositario del mismo, y en relación con las disposiciones, éstas tenían que constar por escrito.

Otro testamento admitido por el Derecho civil fue el nuncupativo u oral, en el cual el testador declaraba en voz alta sus disposiciones incluyendo a sus herederos, ante siete testigos.

El Tratadista Eugene Petit nos comenta un sistema paralelo al Derecho civil, el cual fue el Sistema pretorio, en donde el Pretor al ser el administrador de la justicia civil, vió los inconvenientes de las formas de testar, le dió validez a los testamentos hechos en presencia de siete testigos y que constaran por escrito, así como los sellos de éstos. Pero admitiendo esta forma de testar se originaba un conflicto con el Derecho civil, que tenía establecidas las únicas formas de testar, pero aún así el Pretor lo admitía y concedía lo que se llamaba bonorum possessio, que proporcionaba las mismas ventajas que al heredero civil. Solamente que ésta las adquiría con el transcurso del tiempo.

En el Bajo Imperio se fusionaron las disposiciones del Derecho civil y del Derecho pretorio u honorario, y fueron complementadas con las Constituciones Imperiales, dando como resultado el testamento tripertitum, el cual era admitido si constaba por escrito y se realizaba en presencia de siete testigos, los cuales debían asentar al igual que el testador su subscriptio; que era una breve mención escrita al final del testamento, y al estar debidamente cerrado el documento, cada

uno de los testigos debía poner su sello y su nombre. El testamento se tenía que realizar en un solo acto, y a los testigos se les convocaba con el objeto específico de participar en el testamento. La aportación de las Constituciones Imperiales fue precisamente que debía constar interiormente la subscriptio del testador y la de cada uno de los testigos que habían intervenido en él; esta formalidad fue introducida por Teodosio II y por Valentino III en el año de 439.

Paralelamente a este nuevo testamento continuaba la práctica del testamento nuncupativo, y por otro lado nos comenta la Profesora Sara Bialostosky en su obra citada que surgieron dos formas de testamentos públicos que eran presentados ante el Príncipe, y la función que desempeñaba la autoridad o el Emperador era igual a la que tenían los testigos en el Derecho clásico.

La propia Sara Bialostosky nos explica que en el Derecho Justiniano (Corpus Iuris Civilis) tuvieron práctica los testamentos extraordinarios, los cuales eran válidos sin formalidades, siempre que se encontrara el testador en situaciones específicas, por ejemplo: Cuando el testador era ciego, bastaban ocho testigos; cuando se encontraba en el campo, bastaban cinco testigos; en época de peste, bastaba la presencia de testigos aunque no fuera simultánea; cuando testaba a favor de sus hijos, bastaba que fuera verbal siempre ante dos testigos, y podía realizarlo por escrito, en este caso, era necesario que de su puño y letra asentara el nombre de los herederos así como la fecha, lo anterior es un antecedente del testamento ológrafo; y si testaba en favor de la iglesia, no tenía importancia la forma.

Y por último nos comenta el testamento militar, que más

que situación específica era un privilegio del que gozaban los soldados, que testaban sin importar la forma y podían hacerlo a favor de personas que carecían de la *testamenti factio pasiva* así como de disponer de una parte de sus bienes y el resto se disponía de conformidad con la vía legítima, también podían testar bajo condición o término resolutivo y no estaban obligados a instituir formalmente heredero, y en cuanto a los legados señalados no se veían afectados por lo dispuesto en la *Lex Falcidia*; que señalaba la prohibición de no legar más del 75% del total de la herencia. Estos privilegios los tenían los militares en servicio y su eficacia duraba un año.

En relación con la capacidad para testar nos dice el Tratadista Eugene Petit que en un principio solamente la tenía el *Paterfamilias*, ciudadano romano *sui iuris*, ya que era el titular del patrimonio, esto es, la *testamenti factio activa*.

Carecían de esta capacidad: Los peregrinos; los impúberes, Augusto permitió que el hijo titular de un *peculio castrense* hiciera testamento respecto de éste y Justiniano lo permitió hasta los *peculios cuasi-castrenses*; los cautivos, pero si morían en prisión y habían hecho testamento era válido por beneficio de la *Lex Cornelia*, ya que señalaba el supuesto de haber muerto en el último momento de ser libre; los locos; los sordos o mudos; los esclavos, excepto los *servi publici* que podían disponer de la mitad de su patrimonio; los *pródigos*; y las mujeres *sui iuris* que estuvieron limitadas para testar pero finalmente bajo Teodosio II se les permitió testar.

En relación a la capacidad para ser instituido heredero o legatario de un testamento, esto es, la *testamenti factio pasiva*, el Autor Agustín Bravo González en su obra "Segundo Curso de Derecho Romano" nos expone que se sujetaba a las siguientes disposiciones: Que era necesario que el instituido

existiera, es decir, que fuera una persona cierta y determinada o que estuviera concebida en el momento de la muerte del testador; y al respecto nos comenta el Tratadista Eugene Petit que la persona instituida debía ser capaz, y también nos menciona que el esclavo podía ser instituido heredero siendo manumitido dándole su libertad, y que era posible instituir a un esclavo ajeno, pero necesitaba la autorización de su amo para aceptar.

El Maestro Floris Margadant nos comenta que carecían de la capacidad para ser instituidos herederos: Los peregrinos; los latinos; las mujeres hasta el Derecho Justiniano; las personas jurídicas hasta Constantino; los herejes y los apóstatas a partir de Justiniano; y las personas que previamente habían muerto. Asimismo el Tratadista Eugene Petit nos expone que también carecían de esta capacidad las personas excluidas por las leyes caducarias, las cuales sancionaban a las personas que no se casaban o que no tenían hijos.

Era necesario que la capacidad para testar se tuviera en el momento de otorgar el testamento, y la capacidad para ser instituido heredero o legatario se tuviera también en el momento del otorgamiento del testamento, así como en el momento de la muerte del testador (delatio), ya que era cuando se habría la sucesión a favor de ellos y cuando se aceptaba la herencia (aditio).

Continuando con el Maestro Guillermo Floris Margadant quien por otro lado nos menciona que en los testamentos se presentaba una situación contraria al principio de copropiedad en favor de los herederos o herederos sui; que significa herederos suyos. El Paterfamilias en ocasiones injustificadamente excluía a sus herederos legítimos, en beneficio de otra u otras personas sin ningún problema,

bastaba con no mencionarlos, notándose la completa libertad de la cual gozaba el testador para instituir a sus herederos. Posteriormente se establecieron restricciones que señalaban, que si el testador al instituir herederos omitía a uno considerado como heredero legítimo, el testamento sería nulo, ya que debía manifestarlo expresamente de manera nominativa y así lo tenía que hacer constar, a esta manifestación se le dió el nombre de desheredación.

En relación a las hijas y nietos no era necesario desheredarlos nominativamente, pero si la hija era omitida el testamento no era nulo, pero daba origen a la corrección señalada en el ley, y obtenía justamente lo que le hubiese tocado Ab intestato si concurría con herederos sui instituidos y la mitad si concurría con extraneos, se ejercitaba el derecho de acrecentamiento (Ius adcrendi), el cual al proceder, se tomaba una fracción de la cuota-parte hereditaria a la cual tenían derecho los demás coherederos instituidos, para asignarla a la hija desheredada; este derecho también se ejercitaba para los casos en los que un coheredero rehusara a su cuota-parte o cuando era incapaz de recibirla, en estos casos, se daba un acrecentamiento en la cuota-parte de cada uno de los demás coherederos, los cuales si contaban con la capacidad para recibir la herencia.

En el Derecho pretorio era necesario desheredar nominativamente también a los hijos emancipados, ya que los consideraba con derecho a heredar, y la hija omitida tenía los mismos derechos que el hijo. En caso de omisión de un hijo o nieto que estuviera bajo su potestad, se abría la sucesión por vía legítima, aunque el testamento no era totalmente nulo, ya que algunas disposiciones no perdían su validez; como los legados a favor de la viuda, manumisiones, fideicomisos,

incluso desheredaciones siempre que fuesen justificadas.

Si el Paterfamilias otorgaba su testamento contrario a su deber moral y social hacia sus hijos se estableció que, si los descendientes recibían menos de la cuarta parte de lo que hubiesen recibido por la vía legítima se podía solicitar la anulación del testamento, y al no haber descendientes los hermanos tenían el mismo derecho. En estos casos se ejercitaba la querrela inofficiosi testamenti por considerar injustas las disposiciones contenidas en el testamento.

En las reformas de Justiniano se señaló que la desheredación debía ser nominativa en todos los casos, de otro modo el testamento sería nulo. Ya no existía distinción de sexos y todos debían ser desheredados de esta forma, incluso el hijo emancipado, que con su omisión no daba como resultado la nulidad del testamento pero tenía derecho a una parte igual a la que recibiría un heredero instituido. También se debía desheredar de esa forma a los que tenían calidad de herederos sui antes de sufrir una capitis diminutio mínima.

Si los descendientes recibían menos de la parte legítima que les correspondía podían ejercitar la acción para completarla.

En el caso de los adoptados, el adoptante podía omitirlos en su testamento, situación que no podía hacer el padre natural, y al omitir al hijo póstumo también era igualmente nulo el testamento.

El Tratadista Agustín Bravo González en su obra referida nos expone la parte esencial del testamento, esto es, la institución de heredero, el cual recogía toda la sucesión a título universal aunque sólo hubiera estado instituido por una parte, esto atendiendo al principio de que nadie puede morir en parte testado y en parte intestado; la excepción a este

principio se encontraba únicamente en el testamento militar.

El nombre del heredero se colocaba a la cabeza del testamento y los legados, fideicomisos y demás disposiciones eran cargas impuestas a éste, y era quien tomaba la continuidad de la personalidad y del patrimonio en su activo y pasivo del de cuius, y tomaba el carácter de propietario de los bienes de la masa hereditaria así como el de acreedor o deudor en vínculo con los deudores o acreedores del de cuius, ya que las relaciones crediticias no se extinguían con la muerte.

Si los herederos instituidos no tenían designación de parte la herencia se dividía por partes iguales. La herencia era considerada como un todo y se representaba al as, y la repartición se hacía en onzas hasta llegar al as. Si el testador atribuía al heredero un bien de manera particular se tenía por no puesta para que no cayera el testamento, ya que la sucesión era universal y no particular, por tanto, se recibía la totalidad o una parte alicuota, la cual se podía aceptar o repudiar; el Maestro Guillermo Floris Margadant nos expone al respecto que el propio testador podía señalar dentro de sus disposiciones un plazo para la aditio, y que se les permitió a los acreedores de la herencia solicitar al Pretor obligar al heredero a decidirse en un término de cien días y Justiniano lo señaló por nueve meses.

En relación a las modalidades que se presentaban para la institución tanto de heredero como de legatario eran el término y la condición, que en ocasiones eran válidas aunque la institución debía ser pura y simple. Se admitían condiciones suspensivas que al cumplirse se abría la sucesión a favor del heredero, y en el caso del legatario también se abría su derecho al cumplirse siempre que el heredero ya hubiese aceptado la herencia. Las condiciones resolutorias se

prohibieron, ya que una persona no puede ser heredero y después dejar de serlo, y las condiciones imposibles o inmorales se tenían por no puestas.

El heredero instituido podía ser voluntario o necesario, y si el instituido era un esclavo solamente podía ser necesario, es decir, que no podía sustraerse de la herencia aunque fuera damnosa, con más deudas que bienes y créditos. El Pretor concedió tanto a los herederos como a los acreedores a solicitar el *ius separationis* que se refería a la separación de patrimonios, el del heredero y el del de cuius, y concedió el derecho a rehusar la herencia a los herederos necesarios.

El Jurista Eugene Petit nos comenta en relación a la sustitución, que en los casos en que el heredero instituido por diversas causas no pudiera recoger la herencia el testador podía señalar, para que tuviera menos posibilidades de quedar sin heredero, a herederos de segundo orden o sucesivos y esta disposición se consideraba como una condición suspensiva, ya que solamente surtía sus efectos hasta en tanto el primeramente instituido no recogiera la herencia, a lo que se le dió el nombre de sustitución, de la cual había tres clases:

La sustitución vulgar, que era para el caso de que el heredero primeramente instituido no pudiera recoger la herencia, ya fuera por repudiarla, por ser incapaz de recibirla o por muerte previa. El sustituto debía cumplir con los requisitos que se necesitaban para ser instituido heredero, y si el instituido en primer lugar recogía la herencia quedaba sin efecto la sustitución.

La segunda clase de sustitución era la pupilar, en la cual el testador designaba a un heredero para el hijo impúbero que se encontraba bajo su potestad, con el objeto de que si su hijo muriese antes de llegar a la pubertad, y por lo tanto sin poder

testar, su hijo no se quedara sin heredero y si el hijo llegaba a la pubertad la sustitución no tenía efecto, ya que éste se encontraba en posibilidad de poder testar y de elegir a su heredero.

Y la tercera clase era la cuasi-pupilar, que se refería a que una persona podía hacer el testamento de su descendiente en estado de locura, instituyéndole a su heredero a condición de dejarle por lo menos la cuarta legítima. Cuando la persona que se encontraba en estado de locura tenía hijos, el sustituto debía ser elegido de entre ellos y a falta de éstos podían ser los hermanos y en caso de no haberlos, se podía escoger a cualquier persona, y si cesaba el estado de locura la sustitución perdía sus efectos.

El testador independientemente de instituir a sus herederos podía designar a otras personas a las cuales beneficiaría con un legado, que tenía por objeto designar cierta cantidad del patrimonio o un determinado bien a su favor, que regularmente formaba parte del patrimonio de la sucesión, pero no les confería la calidad de herederos sino de legatarios, los cuales únicamente los podía designar por testamento y a título particular.

El mismo Eugene Petit nos comenta que los legados podían ser:

Legado per vindicationem, en donde se transmitía la propiedad sobre determinado bien o bienes que debían pertenecer en propiedad quirritaria o civil al testador, tanto en el momento de hacer su testamento como en el momento de abrirse la sucesión. El legatario se beneficiaba con un derecho real sobre el bien y tenía derecho a ejercitar la reivindicatio, es decir, el derecho reivindicatorio para obtener el bien de quien lo tuviera en posesión.

El legado per damnationem, era un poco más amplio, ya que si el objeto legado no se encontraba entre los bienes de la sucesión, el heredero tenía la obligación de adquirirlo, y en el caso de que no lo pudiera hacer debía entregar al legatario su valor monetario, y cuando no cumplía, el legatario tenía contra él una actio ex testamento de carácter personal, y la sanción era por el doble del valor. Para este legado el testador debía tener la propiedad bonltaria o pretoriana; la cual otorgaba el carácter de poseedor y con el transcurso del tiempo llegaba a ser propietario.

El legado praeceptionem, estaba dirigido a los coherederos instituidos, y su efecto consistía en que antes de hacer la división de la herencia, el heredero que a la vez era legatario, tenía derecho a tomar determinado bien que formaba parte de la sucesión, y gozaba de una acción real, ya que el testador había tenido la propiedad quiritaria o bonltaria; por lo tanto se limitaba a los bienes de la sucesión.

El legado sinendi modo, señalaba que el heredero estaba obligado a permitir al legatario que tomara un bien; el heredero debía asumir una actitud pasiva. Este legado se podía referir a bienes de la sucesión, o a bienes del heredero, pero no a bienes de terceras personas.

Continuando con el Tratadista citado quien nos comenta, que Justiniano concedía al legatario tres acciones, ya que a todos los legados los trató de la misma manera, las cuales fueron: La acción real para reclamar el objeto que se encontraba dentro de los bienes de la sucesión. La acción personal para ejercitarla en contra del heredero, si éste se había negado a cumplir con el legado, cuando el bien pertenecía a éste o a un tercero. Y la acción hipotecaria afectando los bienes que recibía el heredero de la sucesión, para obligarlo a cumplir

con el legado.

Es necesario resaltar que en el caso de legado puro y simple el legatario se hacía propietario desde el momento de la aditio del heredero, y si era condicional lo era después de la aditio del heredero y de cumplida la condición, y si el legatario moría antes de que se cumpliera la condición no se transmitía su derecho a sus herederos.

Y según el objeto del legado se dió la siguiente clasificación:

El legado de crédito, el de liberación de deudas, el de deudas y el de opción.

Y complementando esta clasificación la Maestra Sara Bialostosky en su obra citada nos señala:

El legado partinionis, el dotis, el dictionis, el alternativo y el generis.

Hay que destacar que la herencia en un principio no tenía carácter patrimonial ya que lo importante era quien sucedería la personalidad del de cuius. Los herederos en la mayoría de las veces recibían cargas; ya se tratara de deudas, exceso de manumisiones, legados, fideicomisos, etc., pero posteriormente llegó a tener carácter patrimonial y por consiguiente se rechazaban herencias damnosas y los testamentos no tenían eficacia, y por otro lado surgían conflictos entre herederos y legatarios, y en consecuencia surgieron tres leyes.

En relación a lo anterior la propia Sara Bialostosky las comenta de la manera siguiente:

La Lex Furia Testamentaria, la cual disponía que ningún legado podía exceder de mil ases, pero no se logró con su objetivo ya que se disponía de mil ases para cada uno de los tantos legados. La Lex Voconia, la cual señalaba que ningún legado podía exceder de la cantidad que recibiera el heredero,

pero tampoco logró su objetivo ya que el testador repartía en la mayoría de las veces su patrimonio en pequeños legados y dejaba de todas formas muy poco al heredero. Y la Lex Falcidia, que prohibía al testador repartir en legados más del 75% de la herencia, y de esta manera el heredero recibía por lo menos la cuarta falcidia.

En tiempos de Vespasiano, nos comenta la Maestra Sara Bialostosky que se expidió el Senadoconsulto Pegasiano que extendía la prohibición de la Lex Falcidia a lo que llamaban fideicomisos.

El Tratadista Eugene Petit nos expone que el fideicomiso era otra disposición que se podía señalar en el testamento, o fuera de él en un documento llamado codicilo. Dentro del testamento el testador-fideicomitente designaba a un fiduciario-heredero para que entregara bienes específicos, que podía ser desde un bien hasta la totalidad de la herencia, a un fideicomisario-beneficiario, para después de su muerte.

El fideicomiso que se realizaba fuera de testamento en un codicilo se hacía sin cumplir con los requisitos necesarios y formales para la validez de un testamento, y de esta forma no estaba sujeto a las prohibiciones de la Lex Falcidia y podía beneficiar a personas que carecían de la testamenti factio pasiva perjudicando a los sui iuris. Pero finalmente con Justiniano se debía cumplir con los requisitos necesarios para su validez.

En otro sentido Eugene Petit nos comenta lo referente a la segunda forma de sucesión mortis causa en el Derecho Romano.

En la sucesión Ab intestato o legítima la ley era la que señalaba quien era el heredero o herederos legítimos del de cuius, sujetándose a los lazos familiares o de sangre y a los afectivos.

Esta sucesión tenía lugar por ausencia de testamento o aunque habiéndolo se declaraba nulo, sin validez o por quedar sin efectos, ya fuera por no apegarse a las formas legales establecidas, o por no contar con la *testamenti factio* activa o pasiva en los momentos que se requería, o por omisión de un heredero *sui*, incluyéndolo a los póstumos, así como por ejercitar y proceder la *querella inofficiosi testamenti*, o por la confección de un testamento posterior, por rehusar la herencia, por muerte previa del instituido a la del testador, etc.

Y nos comenta que la Ley de las XII Tablas, señalaba que fueron llamados a suceder en primer término, los herederos *sui* o herederos suyos, que eran los que se encontraban bajo la potestad del *de cuius*, que eran los hijos que se volvían *sui iuris* con la muerte del autor de la herencia, así como sus nietos en caso de muerte previa del padre de ellos, y quedaban excluidos los nietos nacidos de una hija en relación con el abuelo materno, y se incluía a los hijos póstumos, siempre que hubiesen nacido dentro de los trescientos días contados a partir de la muerte del *de cuius*. Y por último los hijos no sucedían a la madre ni ella a sus hijos; solamente en el caso de la *manus* la madre heredaba a título de hermana, porque se volvía agnada de sus hijos.

Si todos eran hijos heredaban por estirpe, y en el caso de los nietos que sucedían por muerte previa de su padre era por cabeza.

En segundo término se encontraba el grupo de los agnados, que eran los colaterales en línea paterna, los cuales sucedían a falta de herederos *sui*, los agnados sucedían *in finitum*, cualquiera que fuera el grado y heredaban por cabeza.

En tercer término se encontraba el grupo formado por los gentiles, los cuales integraban la *gens* (grupo de familias) a

la que pertenecía el de cuius, tomaban parte en la sucesión de manera individual y con iguales derechos.

Posteriormente en el Derecho pretorio, que era un poco más equitativo que el Derecho civil, en el grupo de los agnados incluía a los cognados, que eran los colaterales en línea materna, que no estaban incluidos en el Derecho civil, a los cuales les concedía la bonorum possessio, que no les daba la propiedad pero les daba la in bonis, y con ésta podían adquirir la propiedad por usucapion, que empezaba a contar a partir del día en que se adquiría la posesión.

Había cuatro formas de bonorum possessiones, en cuatro órdenes: Unde liberi, unde legitimi, unde cognati y unde vir et uxor.

Los unde liberi comprendían a los herederos sui, incluyéndolo a los póstumos y a los emancipados así como a los hijos de éstos. Los emancipados que solicitaban la bonorum possessio, para no cometer injusticias con los no emancipados, debían aportar a la masa hereditaria el valor activo de su propio patrimonio, a lo que se le dió el nombre de collatio.

Los unde legitimi eran todos los comprendidos en el ius civile como llamados en segundo término, y que prácticamente correspondía a los agnados.

Los unde cognati, su inclusión fue un avance muy importante, se refería a los parientes por cognación más próxima, es decir, a los familiares por línea materna. El Pretor en lugar del grupo de los gentiles, llamó en tercer término de herederos a los cognados del de cuius; en este caso la madre sine manu, tenía una posibilidad de derecho a la herencia Ab intestado de su hijo y éste de su madre.

Los unde vir et uxor, eran los que sucedían a falta de herederos de grados anteriores, y el Pretor ofreció al cónyuge

viudo o viuda la bonorum possessio siempre que en el momento de la muerte del de cuius existiese entre ellos un iustum matrimonium. El Pretor seguía la successio ordinum hasta encontrar un heredero y no una successio gradum como anteriormente se seguía.

Durante la Epoca Imperial el senado corrigió el sistema pretorio en relación con la vía legítima, específicamente la posición que tenían los hijos respecto de la madre casada sine manu y viceversa.

En este sentido Eugene Petit nos menciona que bajo el reinado de Adriano surgió el Senadoconsulto Tertuliano, el cual llamaba a la madre a la sucesión de sus hijos. Y su posición fue la siguiente: La madre estaba excluida por los herederos sui y por los hermanos consanguíneos del de cuius, y concurría con hermanas consanguíneas del mismo y excluía a los demás parientes aún agnados. Esta modificación en la cual se sustrajo a la madre de entre los cognados y la incluyó en los primeros lugares de los legitimi fue un avance importante, pero esto era siempre que tuviera el ius liberorum, esto es, que tuviera tres hijos ingenua y cuatro siendo manumitida; lo anterior surgió como una recompensa a la fecundidad.

Posteriormente surge el Senadoconsulto Orfitiano bajo Marco Aurelio, que llamaba a los hijos a la sucesión de la madre antes que a los demás herederos.

La Tratadista Sara Bialostosky nos dice que los Emperadores introdujeron reformas tendientes a la igualdad de las familias tanto materna como paterna.

Y Continuando con Eugene Petit nos comenta que en las reformas legislativas de Justiniano se estableció un sistema unitario y completo de la sucesión Ab intestato o legítima, sin preferencia de una línea familiar sobre la otra y

sin distinción de sexos entre otras cosas. Y se señaló el orden siguiente de herederos:

En primer lugar se encontraban los descendientes incluyendo a los emancipados, y había derecho a representación para el caso de los nietos que concurrían por muerte previa de su padre. En el segundo lugar se ubicaba a los ascendientes y a los hermanos y hermanas. En el tercer lugar estaban todos los demás colaterales. En cuarto lugar se encontraba el cónyuge supérstite viudo o viuda. A falta de herederos legítimos de los grados anteriores la herencia quedaba vacante y pasaba a manos del fisco, de la legión o de la iglesia dependiendo de la calidad del de cuius.

Por otra parte el Maestro Guillermo Floris Margadant nos dice que fue evidente que con las reformas de Justiniano se logró una posición más favorable para la madre y para el cónyuge supérstite. Y que surgieron reformas equitativas como las que señalaban que los medios hermanos sucederían al de cuius aunque solamente en un 50% de lo que sucedían los hermanos, y las que señalaron la posición en la que se encontraban los hijos de hermanos, quienes sucederían al de cuius primeramente que los colaterales, así como las que indicaron una importante limitación hasta el cuarto grado de parentesco para suceder en relación con el de cuius, el cual se estableció con base en los vínculos familiares o de sangre y los afectivos.

2.- EL DERECHO SUCESORIO EN EL DERECHO GERMANICO.

En la antigua Alemania el Derecho civil se regía por la Lex Salica, Lex Ribuaría, Lex Alemanorum, Lex Baiuvarium, Lex Saxonum, Lex Frisionum, etc. Posteriormente surgió la Capitularia Legibus Addenda y la Capitularia per se Scribana. Con la elección de Adolfo de Carintia para rey de Alemania (887), quedó definitivamente disuelto el Imperio de los francos; desde entonces existe un derecho en Alemania. La monarquía universal franca germánico-románica, creó ciertas bases jurídicas comunes a una gran parte de Europa. El desenvolvimiento del derecho descansa esencialmente en el Derecho consuetudinario, con la recepción del Derecho Romano y del Canónico, éste fue creado en la Edad Media por los órganos de la iglesia. Cuando en el Derecho alemán no se señalaba nada en relación con algunas situaciones, se buscaba la respuesta en el Derecho extranjero; sobre todo en el Derecho Romano. El Código Justiniano (Corpus Iuris Civilis), era el código de los Emperadores alemanes, y en cuanto a los estudiantes, eran organizados por naciones y se les enseñaba el Derecho Romano, no como Derecho de Italia sino como Derecho universal con vigor en todo el occidente, siempre que no se opusiera a los derechos locales especiales.

El Derecho consuetudinario se manifestaba especialmente en el usus fori y posteriormente en el usus modernus pandectarum, y funde las disposiciones del Derecho romano-canónico-germánico y se crea un nuevo derecho, y da vida a otras instituciones como los contratos sucesorios, y surgen las Leyes del Reinch: Leyes Notariales (1512), que contiene disposiciones importantes

sobre las formas de los testamentos, así como una serie de Actas del Reich, primeramente la del Speie (1529), en la que se señalaban disposiciones sobre la sucesión de medios hermanos, y la Novísima Acta del Reich (1654). Estas leyes regulaban lo referente a las sucesiones mortis causa y contenían el rasgo característico de la copropiedad familiar.

Los coautores Ludwin Enneccerus, Theodor Kipp y Martín Wolff en su obra "Tratado de Derecho Civil" nos comentan, que las sucesiones mortis causa en el Derecho germánico, se pueden dar de dos formas: Legal y voluntaria, las cuales pueden coexistir una al lado de la otra; situación contraria al Derecho Romano.

En relación a la sucesión voluntaria testamentaria, nos señalan que su origen es el testamento, tomando en cuenta la libertad para testar; y al respecto los coautores citan a Schmitz quien señala que, "La libertad de testar es la posibilidad que el Derecho concede al individuo de poder tomar disposiciones jurídicamente eficaces sobre su patrimonio para el tiempo posterior a su muerte." (3). Lo anterior está en íntima relación con el reconocimiento de la propiedad privada.

De acuerdo con la libertad para testar el causante puede adoptar las siguientes disposiciones: La configuración de la sucesión por medio de institución de heredero, incluyendo la posibilidad de designar herederos sustitutos o fideicomisarios.

(3) De las Sucesiones, Volumen I, Tomo V, Segunda Edición, Traducción a la Decimoprimera revisión, Traducción de Helmut Coing, Bosch Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1976, p. 181.

Puede haber desheredaciones, atribuciones particulares por medio de legados, así como señalar disposiciones testamentarias referentes a partición, en caso de pluralidad de herederos, o disposiciones administrativas, como el de nombrar ejecutor testamentario, así como para la futura administración y liquidación del caudal relicto en su conjunto o parte de él. Y en cuanto al Derecho de familia, el causante puede disponer que se reserven algunos bienes, o que los bienes que vayan destinados a un menor de edad salgan de la administración de los padres o tutores, puede señalar también cuestiones de patria potestad o tutela. Estas disposiciones sólo pueden dictarse por testamento.

En relación con la capacidad para testar, ésta es necesaria para otorgar eficazmente un testamento. En principio todos tienen la capacidad para otorgar testamento y las excepciones marcadas en la ley alemana son: Los menores de dieciséis años, pero según ley del 22-5-1950, de la antes República Democrática de Alemania, la mayoría de edad y con ella la capacidad para testar es a los dieciocho años; y el incapacitado por debilidad mental. Y en los testamentos mancomunados, los cuales sólo pueden ser otorgados por esposos, ambos deben tener la capacidad para testar.

Las disposiciones por causa de muerte están sujetas a una forma determinada, siendo un rasgo característico del derecho sucesorio y que lo distingue del derecho patrimonial general.

Desde la promulgación del Código civil, sólo se han dado dos excepciones libres de forma: El testamento militar para el caso inminente de muerte, así como las disposiciones de última voluntad de las personas perseguidas durante la dictadura nacionalsocialista.

Los preceptos formales ordenan que los testamentos sean escritos de puño y letra del testador, y que éste lo suscriba con su nombre, y para que este claro el orden cronológico de los testamentos, en caso de haber más de uno, se ordena que el causante o el notario expresen la fecha real en que el testamento es otorgado, y señalar también el lugar en donde se otorga.

En cuanto a la institución de heredero, el causante nombra a su sucesor universal, y a él pasa directamente el patrimonio, respondiendo de las deudas dejadas por el causante.

La institución puede estar sujeta a condición o término y pueden ser suspensivos o resolutorios.

El causante puede disponer de limitar o privar de la herencia a determinados herederos legales.

Cuando el causante ha instituido a uno o varios herederos en partes alicuotas que no agoten toda la herencia, se abre en relación al resto de la herencia la sucesión legal.

También existe un aumento que experimenta la porción hereditaria del heredero testamentario o contractual, por desaparecer un coheredero, a lo que se le llama acrecentamiento.

En cuanto a la revocación, el causante puede revocar todo el testamento o cualquiera de las disposiciones testamentarias, esto es una consecuencia de la libertad de testar. La revocación puede tener lugar por testamento, por hacer declaración de revocación; por un testamento posterior, que este en contradicción con el anterior; así como por acción del causante, por la intención de deshacerlo, o destruir la escritura del testamento o la tache o modifique.

En cuanto a los testamentos nos comentan los coautores citados, que el testamento admite tanto la institución de

heredero como de legatarios, sin embargo, la institución de heredero no es necesaria.

De entre las diversas formas de testamentos, se decidió tomar sólo como forma ordinaria, al testamento público; y fue la Comisión del Reichstang, la que señaló también al testamento privado ológrafo, que tomó del Derecho francés.

En el testamento público el causante debe declarar su última voluntad, en un acto celebrado ante el juez o notario, en el cual se extiende una escritura pública. Los preceptos sobre el acto tienen por fin asegurar la autenticidad, claridad y ausencia de influencias en la declaración de última voluntad.

Son incapaces para toda clase de intervención, aunque sólo sea relativamente en relación con el causante: El cónyuge del testador; el que sea pariente del testador en línea recta o hasta el segundo grado de la línea colateral; quien esté o haya estado casado con el juez o notario o sea pariente en línea recta o en segundo grado en la línea colateral; y el que resulte designado en el testamento.

El causante puede expresar su voluntad enteramente de palabra ante el juez o notario, o puede hacer entrega de un escrito, con la declaración verbal de que contiene su última voluntad. Es indiferente que el escrito esté redactado por el causante o por otra persona, o que esté escrito a mano o a máquina, en alemán o en otro idioma, que esté firmado o no, o que lo entregue abierto o cerrado. Y por otro lado, las personas que concurren a un otorgamiento de testamento, deben estar presentes durante todo el acto.

El testamento ológrafo, una vez introducido, se difundió rápidamente. La forma legal de este testamento, es la declaración de puño y letra del cuasante, por tanto no es admisible el uso de la máquina de escribir, y debe contener la

firma del causante, la cual ejerce una doble función; poner claro de quien procede la declaración, y demostrar que se trata de una declaración completa y cerrada. Si el testamento consta de varias hojas, basta firmar la última, siempre que las hojas estén numeradas y enlazadas por su contexto, de manera que sea visible su mutua relación. Las adiciones que se hagan necesitan nueva firma.

No pueden otorgar testamento ológrafo los menores de edad, ni los que no puedan o sepan leer.

A petición del causante, este testamento puede ser custodiado oficialmente, dándose constancia de su consignación.

Dentro de la sucesión voluntaria testamentaria notamos que sus disposiciones son: Unilaterales, personalísimas, revocables, solemnes, y que requieren la forma establecida por la ley.

El Derecho alemán admite otro tipo de sucesiones voluntarias, que son las voluntarias contractuales, las cuales son: Bilaterales, y algunas no requieren forma establecida por la ley, y en algunas hay posibilidad de representación.

Dentro de estas sucesiones se admiten los testamentos mancomunados, los contratos sucesorios, así como los contratos sucesorios mancomunados.

El testamento mancomunado se da cuando los cónyuges testan en común, en un sólo documento público, y el testamento es bilateral, si los causantes se instituyen herederos uno del otro o se designan mutuamente de alguna otra forma. Si la eficacia de las disposiciones de uno están vinculadas con las disposiciones del otro, el testamento será correspectivo o recíproco. Permite dos fines, este testamento, primero, es un privilegio de forma, que permite a los cónyuges regular sus asuntos por medio de una disposición común, de acuerdo con la

esencia del matrimonio, para después de la muerte; y segundo, constituye un medio de conferir un carácter vinculante a ciertas disposiciones, de modo que el otro cónyuge pueda estar seguro de que no serán modificadas sin su previo consentimiento. En este testamento se debe cumplir con las formalidades que se requieren para el testamento público ordinario. Y se puede otorgar testamento mancomunado ológrafo cuando los dos cónyuges sean mayores de edad y los dos puedan leer.

La revocación común de esta clase de testamento se efectúa por medio de un nuevo testamento mancomunado, o porque sea retirado de la custodia oficial, o porque sea destruido, etc. El cónyuge singular puede revocar sus disposiciones por medio de otro testamento pero existen restricciones referentes a las disposiciones recíprocas.

Por otro lado el matrimonio debe existir en el momento de otorgar el testamento, y será ineficaz en cuanto a su contenido entero si el matrimonio se ha declarado nulo o ha sido disuelto antes de la muerte de uno de ellos.

Los coautores alemanes citados nos exponen en relación a los contratos sucesorios, que la costumbre de ordenar de un modo vinculante la sucesión por medio de un contrato en vida del causante proviene del Derecho medieval, y que se podían distinguir tres tipos de contratos: Acuerdos que fijaban la herencia en la posesión de una familia noble determinada; o acuerdos en los contratos matrimoniales sobre la conducta a observar con los bienes de ambas partes para cuando éstos muriesen; y contratos de renuncia a la herencia. Estos negocios jurídicos son los precursores del actual contrato sucesorio y de la actual renuncia a la herencia.

El contrato sucesorio a diferencia del testamento sólo

admite designación de herederos, legados y obligaciones modales. Y una vez realizado el contrato, el causante queda limitado a su libertad de testar.

Nada se opone a que el causante celebre contrato sucesorio con varios contratantes. Este contrato puede combinarse con otro u otros contratos en el mismo instrumento, siendo preciso que se observen las formalidades de ese otro u otros contratos. El contrato se celebra personalmente por el que dispone por causa de muerte, y el otro u otros contratantes pueden ser representados. Y pueden contratar unos a favor de otros o a favor de terceras personas, y pueden contratar el que se pueda rescindir unilateralmente o modificar disposiciones singulares: esto a diferencia del testamento, ya que una de las características de éste, es que por naturaleza es revocable y en el contrato sucesorio la revocación unilateral queda muy limitada.

En los contratos sucesorios mancomunados las partes otorgan disposiciones vinculatorias mortis causa, a diferencia del testamento mancomunado, no se limita a los cónyuges. En donde cada uno de los contratantes puede disponer unilateral y contractualmente.

En cuanto a las formas extraordinarias del testamento civil, éstas son: El testamento hecho cuando existe peligro de muerte; el testamento en lugar bloqueado; y el testamento marítimo. Todos están sujetos a circunstancias particulares y a periodos de validez.

En cuanto a la sucesión fiduciaria y fideicomisaria, nos comentan los coautores citados, que el Código civil permite que se instituya heredero a una persona, de modo que no reciba la herencia hasta después de que otro haya sido heredero (heredero previo o fiduciario), y se llama heredero fideicomisario. Los

dos son herederos del causante, no el uno del otro; son herederos sucesivos. Al ordenar una sucesión fiduciaria o fideicomisaria, el causante debe precisar la persona del primero y del segundo heredero, así como el momento en que debe producir sus efectos la sucesión fideicomisaria, que puede ser fijada por condición o término, el cual si no se señala será a la muerte del fiduciario.

Para el caso de que el fideicomisario no quiera o no pueda recibir la herencia, puede nombrarse un heredero sustituto vulgar. Es posible el llamamiento de varios herederos fideicomisarios sucesivos, y el derecho sucesorio del llamado en primer lugar, está sujeto a condición o término resolutorio. Cuando el causante instituye heredero fideicomisario a término resolutorio y no determinó a quien debía pasar la herencia, se abre la sucesión fideicomisaria con sus herederos legales. No es necesario que el fideicomisario viva en el momento de la apertura de la sucesión ni que esté concebido, en cambio, únicamente puede llegar a ser heredero fideicomisario, aquel que en el momento de la apertura de la sucesión fideicomisaria esté por lo menos concebido.

En cuanto a los legados, pueden ser objeto de éstos, todo lo que ofrezca una ventaja patrimonial al legatario, y pueden ser otorgados a cualquier persona que tenga capacidad jurídica, no se requiere una capacidad especial para adquirirlo, solamente es necesario que viva el favorecido.

Por regla general el causante debe designar a la persona o personas favorecidas, es decir, los legatarios, así como el bien o bienes del legado. Pero existen excepciones, por ejemplo, la Ley permite que el causante confiara a un tercero la facultad de elegir la persona del legatario de entre varios determinados por el mismo causante, y cuando uno de los

posibles legatarios muere antes de tener lugar la determinación por el tercero, éste puede elegir al premuerto como legatario, y el efecto es que los herederos de éste podrán reclamar el legado; en el legado alternativo, en el cual se determina que el legatario reciba un objeto de entre varios, el objeto lo puede elegir el mismo legatario, el gravado o un tercero; y existe un legado que se determina por su finalidad, en éste el causante deja la determinación de la prestación que sirva a dicha finalidad a cargo del gravado o de un tercero, pero no a cargo del legatario.

Por otra parte los coautores citados nos comentan, la sucesión legal en el Derecho germánico, mencionando primeramente que ésta descansa sobre la idea de que el patrimonio de una persona a su muerte debe ser heredado por su familia. El derecho de familia se basa fundamentalmente en la relación de sangre por cognación, que se refiere a los parientes en línea materna.

Y nos señalan que el Código alemán toma el sistema de parentelas para las sucesiones legales, este sistema llama en primer lugar a los descendientes del causante; que son tanto los legítimos como los legitimados por ulteriores matrimonios y los que obtienen la declaración de legitimidad por parte del Estado. En cuanto a la adopción, no se crea ningún derecho sucesorio respecto del adoptante, y el vínculo del adoptado y sus parientes consanguíneos sigue invariable después de la adopción.

A falta de los anteriores llama en segundo lugar a los padres y sus descendientes, a falta de éstos, llama en tercer lugar, a los ascendientes del siguiente orden y a sus descendientes, etc; y forman cada vez una parentela, y a cada parentela se le llama orden.

La sucesión de las parentelas (*successio ordinum*) determina el orden en que los parientes son llamados a la sucesión, mientras haya miembros de una parentela anterior no entran en consideración los de la siguiente.

Por lo que respecta al cónyuge supérstite, en la Edad Media se fue creando un derecho sucesorio para éste, paulatinamente fue siendo frecuente que junto a su parte en la comunidad de bienes se considerara una especie de usufructo en la porción hereditaria de los hijos, posteriormente se le asignó una cuota fija, y en la actualidad le corresponde un cuarto de la herencia si concurre con descendientes del causante y si concurre con padres y descendientes de éstos o con abuelos le corresponde la mitad, y si falta un abuelo el cónyuge recibe la cuota de la otra mitad que hubiera correspondido a los descendientes del premuerto, y a falta de parientes de los dos primeros órdenes el cónyuge recibe toda la herencia.

Existe una figura llamada pedetracción, que comprende los objetos del ajuar doméstico matrimonial que el cónyuge lo recibe cuando hereda en concurrencia con parientes del segundo o tercer orden, y si concurre con parientes del primer orden, sólo los recibe si necesita dichos objetos para llevar una vida adecuada. Además de la pedetracción en favor del cónyuge hay una figura en favor de aquellos familiares del causante que en tiempo de la muerte de éste sean miembros de su familia y que hayan recibido de él el sustento, y que consiste en que durante los primeros treinta días siguientes a la muerte del causante el heredero les ha de seguir prestando alimento y permitirles el uso de la vivienda y del ajuar doméstico del causante, a lo que se le llamó treintena.

Cuando no existen parientes ni el cónyuge supérstite la

ley atribuye el caudal relicto al Fisco, este como heredero legal no puede repudiar la herencia, y no puede ser desheredado sino hay otro heredero.

Puede ser heredero legal en lugar del Fisco una corporación, fundación o institución de derecho público. La institución que gratuitamente cuide del causante hasta su muerte, tiene derecho a la sucesión legal. Y si pertenece al patrimonio del causante un derecho de propiedad intelectual, y siendo el heredero el Fisco, este derecho no se transmite sino que se extingue.

3.- EL DERECHO SUCESORIO EN EL DERECHO FRANCES.

Hasta la publicación del Código civil, la República Francesa se dividía en países de derecho escrito y en países de derecho consuetudinario, en los primeros se seguía el Derecho Romano, y en lo concerniente a sucesiones, se basaba en el sistema establecido por Justiniano en la Novela 118; y los otros se basaban en las costumbres, las cuales variaban de una provincia a otra y de una ciudad a otra. Existían rasgos comunes notándose el sello germánico de la copropiedad familiar pero modificado profundamente por el feudalismo y por el régimen aristocrático que dominaba en Francia antes de la revolución. Posteriormente surge la legislación revolucionaria y encontramos la Ley de 8 de abril de 1791, la cual señaló que quedaba abolida la desigualdad entre los herederos Ab intestato, así como las calidades de primogenitura, la distinción de sexos y las exclusiones del derecho consuetudinario, y que todos los herederos de un mismo grado sucederían por partes iguales.

Lo que sucedía es que la totalidad de las sucesiones pertenecían a los varones y de entre éstos a los primogénitos; por lo tanto estaban excluidas las mujeres y sus descendientes.

Igualmente importante fue la Ley de Nivoso, esta ley fue a medias revolucionaria y a medias conservadora, y ha sido una de las bases del orden de sucesiones del Código civil, fue una de las obras más notables de aquella gran época que tuvo la ambición de poner los cimientos de una nueva sociedad. Esta ley no destruyó lo establecido sino que lo transformó, y abrogó la regla paterna paternis y puso en su lugar la división por

líneas, la cual tiene el mismo espíritu y la misma tendencia. La división por líneas tuvo el mismo objeto que la regla paterna paternis que conservaba los bienes en las familias pero simplificaba la partición, ya que todos los bienes formaban una sola masa que se repartía por partes iguales entre las dos familias, ya que se suponía que las dos familias habían contribuido a formar el patrimonio del causante. Este principio pasó al Código Napoleón y forma una de las bases del sistema de sucesiones francés. La ley señala que sólo debía haber sucesiones Ab intestato y permitió llamar a la sucesión a los parientes colaterales hasta del doceavo grado, quienes tenían derecho de representación.

Y posteriormente surge el Código Napoleón que fue tomado en cuenta por legislaciones extranjeras. Después entran en vigor leyes como la del 14 de julio de 1819 y la del 31 de mayo de 1854.

En relación a este tema de sucesiones el Jurista F. Laurent en su obra "Principios de Derecho Civil" cita a Chabot, quien señala que "... La sucesión es la transmisión de los bienes y de las obligaciones de una persona muerta a una o varias personas que ocupan el lugar de aquella y que se designan con el nombre de herederos ..." (4).

La transmisión se puede hacer por voluntad del hombre cuando se dispone por testamento o por contrato de matrimonio, y en caso de que no se haya dispuesto de este modo la ley abre

(4) Traducción Castellana, Segunda Edición, Corregida por el Licenciado D. Alvaro Gutiérrez, Editor J. B. Gutierrez, Puebla, 1913, p. 639.

la sucesión a las personas legítimas o Ab intestato.

El propio F. Laurent nos dice que el Código no menciona que haya especies de sucesiones sino que sólo da ese nombre a la transmisión que se verifica en virtud de la ley, y en cuanto a las disposiciones que realizó voluntariamente el de cuius las llama donaciones o testamentos, según si éste dispuso de sus bienes por acto entre vivos o por acto de última voluntad. Así se establece que la propiedad de los bienes se transmite por sucesión, por donación o por testamento. Nunca la ley da el nombre de sucesión a la transmisión que se verifica por donación o por testamento, y reserva el nombre de herederos a las personas a quienes llama para suceder al de cuius y llama donatarios o legatarios a los que reciben los bienes por la voluntad del hombre. Así pues, en el Código francés no hay más que una especie de sucesión que es la legítima o también llamada Ab intestato.

El Jurista antes mencionado cita a Lebrun quien señala que la palabra sucesión significa "... Que la ley y no la voluntad del hombre, confiere a alguno, que se deben a la previsión de una costumbre y no a la liberalidad de un testador, a las que se llega por proximidad y por derecho de sangre y no por elección ni por predilección ..." (5). Y cita también a Domat que dice "... Que el orden para suceder es el que procede de ... el orden divino ..." (6).

De lo anterior se desprende la máxima característica del Derecho consuetudinario "... Que no ha lugar a institución de

(5) Ob. Cit., p. 640.

(6) Ibidem, p. 641.

heredero. Se nace siendo heredero, y no llega a serlo después. Dios es el único que puede hacer un heredero, el hombre no ..." (7). Esto señala el espíritu de las costumbres, y este espíritu es el que ha dictado la teoría de Domat y el que ha pasado al Código francés.

En relación al derecho de testar o de donar F. Laurent nos comenta que anteriormente se reguló en la Ley de Nivoso de la siguiente forma: Dispuso que quedaba restringido a la facultad de disponer a título particular, y el que tenía hijos podía disponer de la décima parte de sus bienes en favor de una persona no sucesora, y si dejaba parientes colaterales podía disponer de la sexta parte de los mismos.

Actualmente se puede disponer a título universal o particular. El Código concede a los legatarios la posesión de la herencia, y si no hay herederos legítimos entonces los primeros se apoderan de los bienes. Si el de cuius instituyó legatarios a título universal el principio del Derecho consuetudinario cobra su imperio y serán los herederos legítimos los que se apoderen de los bienes, por más que el testador los haya excluido. Y se limita la facultad de disponer de los bienes solamente cuando el de cuius haya dejado hijos o descendientes. Y es que la vía testamentaria es una excepción de la ley natural de las sucesiones.

Las formas de testamentos que se pueden otorgar son: La forma pública y la ológrafa que tiene su origen moderno en Francia. Y en cuanto a la capacidad para testar, en principio todos la tienen aunque hay excepciones. Y en cuanto a las

(7) Idem.

personas incapaces de suceder se menciona que son los que todavía no están concebidos así como los hijos que no sean viables, en consecuencia la falta de existencia es la única incapacidad absoluta que existe en el Derecho francés ya que en el Derecho antiguo eran también incapaces los que habían muerto civilmente, los extranjeros y los religiosos. Existe una incapacidad relativa para suceder que se refiere a las personas que fueron indignas con el causante de la sucesión.

El Maestro F. Laurent nos expone lo que se establece en el Código francés como única sucesión; la Ab intestato, la cual llama para suceder en primer orden a los descendientes del difunto incluyendo a sus hijos y descendientes que suceden al padre, madre, abuelos, abuelas y otros ascendientes, y hay posibilidad de representación y heredan sin distinción de sexos ni de primogenitura. El hijo del indigno no puede representar a su padre, pero no por eso deja de excluir a los ascendientes. El hijo adoptivo no adquirirá ningún derecho de sucesión en los bienes de los parientes del adoptante, pero tendrá en la sucesión de éste los mismos derechos del hijo nacido de matrimonio, aún cuando hubiese hijos de esta categoría nacidos después de la adopción. Cuando el hijo natural concurre con uno legítimo su porción es de un sexto de la herencia, y la misma porción le corresponde si concurre con un hijo adoptivo.

El segundo orden lo ocupan los padres de una persona que ha muerto sin descendientes, y si ésta ha dejado hermanos, hermanas o descendientes de éstos la sucesión se divide en porciones iguales, de las cuales una corresponde a los padres, quienes la dividen entre sí por partes iguales, y la otra mitad pertenece a los hermanos, hermanas o descendientes de éstos. Si uno de los padres renuncia o ha premuerto la porción del otro no aumenta ya que es fija e invariable y le corresponde de

todas formas un cuarto de la herencia. El padre puede estar en concurso con hermanos o hermanas consanguíneas del causante, en este caso los parientes de la línea paterna toman toda la herencia con exclusión de los parientes maternos; del mismo modo la línea paterna sería excluida si la madre concurrese con hermanos uterinos del causante. Si la sucesión comprende hermanos y hermanas carnales y además uterinos o consanguíneos los carnales toman parte con los consanguíneos en la línea paterna y concurren con los uterinos en la línea materna. Y si sólo existen descendientes de hermanos o hermanas que estén en la misma línea también excluyen a los ascendientes y demás colaterales.

La partición en este orden puede ser de las siguientes formas: Que los hermanos y hermanas se dividan la mitad de los bienes o las tres cuartas partes o toda la herencia, según estén en concurso con el padre y la madre o con uno de ellos o que se presenten solos.

El heredero puede venir a la sucesión por sí o por representación.

El propio Laurent nos señala que el Código francés admite la representación en sus dos primeros órdenes, en favor de los descendientes de hijos difuntos y en favor de descendientes de hermanos o hermanas también premuertos.

En este sentido el Maestro F. Laurent cita a Pothier quien dice que "... La representación es una ficción de la ley, por la cual ciertos hijos se acercan y colocan en el grado de parentesco que ocupan sus padres para suceder en lugar de éstos con los demás hijos del difunto ... Una ficción de derecho por la cual, hijos de un grado ulterior, se acercan y colocan en el grado que ocupaba el padre o la madre en la familia del difunto, a efecto de suceder todos juntos, en el

lugar, y en la misma porción en que hubieran sucedido dichos padres ..." (8).

El tercer orden lo ocupan los ascendientes siempre que el de cuius no haya dejado hijos, hermanos ni hermanas ni descendientes de éstos.

En el cuarto orden se indica que faltando hermanos o hermanas o descendientes de éstos y ascendientes en ambas líneas la sucesión se aplica por mitad a los ascendientes que sobrevivan y la otra mitad a los parientes más próximos en grado de la línea colateral. Así los ascendientes de una línea aún cuando sean del primer orden no excluyen a los colaterales de la otra que pueden ser parientes hasta del duodécimo grado. La mitad de los bienes correspondientes a cada línea se aplica a los parientes más próximos y si hay concurso de parientes colaterales en la misma línea comparten por cabeza.

En el quinto orden suceden los colaterales de ambas líneas y se divide por partes iguales, una para la línea materna y la otra para la línea paterna, y suceden también los más próximos en grado y si hay colaterales del mismo grado comparten por cabeza.

De esta manera las dos familias del causante se dividen la herencia y los bienes vuelven, en parte al menos, a la familia de donde proceden recogiendo además cada una la mitad de los bienes muebles, lo cual difiere de la regla consuetudinaria que señalaba que sólo se aplicaba la división a los bienes inmobiliarios.

El mismo F. Laurent nos menciona que el Código civil

(8) Ibidem, p. 70.

francés, comprende a las sucesiones llamadas irregulares, las cuales proceden si el heredero es el cónyuge supérstite, el Estado o el hijo natural.

Y en relación a los hijos adulterinos e incestuosos, solamente se les concede el derecho a que se les aseguren los alimentos.

4.- EL DERECHO SUCESORIO EN EL DERECHO ITALIANO.

El derecho sucesorio en Italia tiene sus bases en la Ley de las XII Tablas, en la Novela 118 de Justiniano, en la Ley Estense, en la Ley de Parma, en las Leyes Civiles de las Dos Sicilias y en el Código Albertino entre otros.

El Tratadista Vittorio Polacco en su obra "De las Sucesiones" nos comenta que las sucesiones en el Derecho italiano se defieren de la ley o por testamento, y se abre la sucesión legítima cuando falta en todo o en parte la testamentaria, pero hay casos en los que la ley predomina sobre el testamento respecto a ciertas personas estrechamente unidas al de cuius, y el legislador no permite que sean preteridas o excesivamente sacrificadas por él, en tal caso, los interesados obtienen aquella cuota llamada legítima o reserva.

En relación a la sucesión testamentaria el Tratadista citado nos proporciona la definición de testamento que se encuentra en el Código civil italiano: "... El testamento es un acto revocable por el cual una persona, según las reglas establecidas por la ley, dispone, para el momento en que haya dejado de existir, de todos los bienes propios o de parte de ellos en favor de una o varias personas." (9).

(9) Sucesiones Legítimas y Testamentarias, Segunda Edición, Traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cia. - Editores, Buenos Aires, 1950, p. 177.

Se desprende de lo anterior, que no se puede renunciar en ninguna forma a la libertad de revocar o de cambiar las disposiciones hechas por testamento, y toda cláusula o condición contraria carece de efecto, y que se señala el carácter personalísimo y unilateral de las disposiciones; por tal motivo, no se puede hacer un testamento por dos o más personas en beneficio recíproco o de un tercero, y que se puede testar sobre una parte del patrimonio, si de esa forma se quiere, y la otra parte según las normas de la sucesión legítima.

En cuanto a la capacidad para testar, se señala que pueden disponer por testamento todos aquellos que no son declarados incapaces por la ley, la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, y ésta puede derivarse por tres situaciones: Defecto de edad, la edad para testar es de dieciocho años; defecto de muerte, y por condena penal.

Y las incapacidades para suceder en general son: La falta de existencia y la indignidad. Aunque pueden recibir por testamento los hijos inmediatos de una determinada persona que viva en el momento de la muerte del testador, sin necesidad de haber sido concebido. Y hay incapacidades relativas para suceder testamentariamente, las cuales se derivan de la ilegitimidad de nacimiento, las que se derivan de la tutela, las que se derivan de la calidad de segundo cónyuge, así como las de la participación en el acto del testamento.

En relación con las formas de testar se observan las formas ordinarias: El ológrafo y el Notarial, subdividido éste último en público y secreto.

El requisito genérico es el de la escritura, así como la suscripción, y la indicación de la fecha en la que se otorga, y queda como evidencia para saber si el testador era capaz en

el momento que hizo el testamento y establece una serie cronológica en el caso de que el testador muera dejando varios testamentos.

El testamento ológrafo fue admitido para algunos casos excepcionales en la Novela de Valentino y Teodosio del año 446, y Justiniano permitió en la Novela 107 una forma privilegiada de testamento para el padre que disponía en favor de sus hijos, en el cual no se requería la suscripción de mano del testador, lo cual actualmente es una obligación.

Esta forma de testamento fue aceptada en Francia y confirmada en la Ordenanza de Luis XVI de 1735, en donde tuvo origen el testamento ológrafo como lo conocemos, y que posteriormente fue aceptado por el Código Napoleón para toda Francia y a su vez fue tomado por el Derecho italiano.

Este testamento necesita solamente la intervención del testador y sus formalidades son: A) Escritura por entero de mano del testador; B) El testamento debe llevar la fecha, día, mes y año; y C) Suscripción, que será la forma acostumbrada por el disponente al firmar sus actos. También la fecha y la firma deben ser puestas de mano del testador.

En los testamentos notariales las personas que intervienen son además del testador, el notario o los notarios y los testigos, éstos pueden ser varones o mujeres según la Ley de 9 de diciembre de 1877, la cual eliminó el requisito del sexo masculino; deben ser mayores de veintiún años; así como ciudadanos del Reino o extranjeros residentes en el mismo; y no haber perdido por condena el goce o el ejercicio de los derechos civiles.

Son incapaces para actuar como testigos: Los mudos, ciegos o sordos; los parientes y afines del notario en línea recta en cualquier grado y en la colateral hasta el tercero. Lo anterior

nos comenta el Maestro Vittorio Polacco que lo contempla tanto el Código civil como la Ley notarial.

Ya se mencionó que el testamento notarial se subdivide en público y secreto. Las formalidades exigidas para el testamento público están indicadas cinco de ellas en el Código civil y en la Ley notarial se encuentra otra, éstas son: 1.- El testador debe de declarar su voluntad en presencia del notario o notarios, en el primer caso el notario debe estar asistido por cuatro testigos y en el segundo basta la presencia de dos de ellos. 2.- Se requiere la redacción por escrito de esa voluntad al cuidado del notario o de uno de sus notarios autorizantes. 3.- Lectura íntegra del acto hecha por el notario o por uno de los notarios autorizantes al testador ante los testigos. 4.- Que se haga mención de que las formalidades fueron observadas. 5.- Suscripción del acto por parte del testador, del notario o notarios autorizantes y de los testigos.

Si el testador no puede firmar debe declarar la causa que se lo impida y el notario debe hacer mención de tal declaración.

Y la sexta formalidad que es impuesta por la Ley notarial de 1913 consiste en hacer constar la fecha y también establece que el notario debe hacer una copia en papel común de todo testamento público autorizado por él, la cual deberá transmitir cerrada y sellada al archivo notarial del distrito dentro del término de diez días desde la fecha del acto.

En relación al testamento secreto, que tiene también su origen en el Derecho Romano, son recibidos por el notario en presencia de cuatro testigos. Este testamento resulta de: La redacción de la cédula testamentaria así como de la entrega al notario de la cédula y el acto de recepción de la misma por

parte del notario. La cédula puede ser escrita por el testador o por un tercero, o parte por él y parte por un tercero. La entrega de la cédula al notario debe hacerse por el testador en presencia de cuatro testigos, debe sellarse en el acto de la recepción, y se señalará tanto la declaración del testador de ser aquél su testamento, como la de haber leído sus disposiciones y firmará, y también se declarará que los testigos asistieron en todas las formalidades, las cuales deben realizarse en un solo acto, y finalmente el acto de recepción será suscrito por el testador, por el notario y por los testigos; y si el testador no sabe o no puede firmar, se debe hacer mención de ello indicando su causa.

Y según la Ley notarial son necesarias, la fecha del acto de recepción, así como la lectura del acto mismo, y la mención de que se hizo la lectura.

El Tratadista citado nos comenta los testamentos especiales, señalando que hay facilidades de forma en vista de circunstancias especiales de tiempo o de lugar. Para los testamentos hechos en lugares en los que domine una peste u otra enfermedad contagiosa, pueden ser recibidos, en vez del notario, por el síndico del lugar o por quien haga sus veces o por el ministro de culto, requiriendo únicamente dos testigos, aún cuando no sean mayores de edad, siempre que hayan cumplido dieciséis años. Para los testamentos hechos durante un viaje por mar, y para los hechos en tiempo de guerra por militares u otras personas empleadas, también hay facilidades de forma.

Una vez desaparecidas las circunstancias particulares en que fueron hechos, si el testador vive todavía, el testamento pierde dentro de un breve tiempo su eficacia, de manera que si el testador persevera en la misma voluntad, deberá renovarla en las formas ordinarias. El testamento hecho en tiempo de peste,

pierde su validez a los seis meses después de que haya dejado de dominar la enfermedad, en el lugar donde se encontraba el testador; los testamentos hechos en el mar y por los militares, pierden su validez tres meses después de que el viajero o marinero haya llegado a un lugar donde pudiera hacer testamento.

En cuanto a los legados, se atribuye esta calificación a cualquier disposición de última voluntad a título particular relativa al patrimonio. El objeto o contenido del legado puede ser el más variado, siempre que se refiera a prestaciones lícitas, el legado puede consistir también en una prestación que nada tenga que ver con el patrimonio del difunto. El Tratadista mencionado cita a Gangi, quien nos dice que el legado es "... Una atribución patrimonial por acto de última voluntad que no tiene por objeto la universalidad o una cuota de los bienes de quien la hace, y no constituye por consiguiente institución de heredero." (10).

La institución de heredero y de legatario pueden hacerse a favor de una o varias personas, en el primer caso puede haber heredero sucesivo y en el segundo, pueden ser instituidas acumulativa y sucesivamente. El testador en lugar del beneficiario puede llamar a otro, para el caso de que el primero no pueda o no quiera recoger la herencia o el legado, a lo cual se le da el nombre de sustitución; llamada también sustitución vulgar, que es la única clase que subsiste.

La sustitución fideicomisaria fue perseguida y destrozada en el siglo XVIII primeramente en Italia, en Toscana por el

(10) Ob. Cit., p. 390.

Decreto de 29 de febrero de 1789 y después en Francia por la Asamblea Legislativa de 25 de agosto de 1792 y en consecuencia este tipo de sustituciones quedaron prohibidas.

Por otro lado el Maestro Vittorio Polacco nos dice que las sucesiones legítimas en el Derecho Italiano tienen un doble fundamento: El orden natural de los afectos y el orden social.

Procede la sucesión legítima no sólo en los casos en que el de cuius no haya hecho testamento sino también cuando el testamento no obtenga su eficacia, ya sea por nulidad del mismo por vicios de forma, por renuncia del heredero instituido, por desaparecer la condición suspensiva a la que estaba sujeta la vocación, etc.

Las clases de personas llamadas a suceder por la ley son cuatro: Los parientes legítimos, los parientes naturales, el cónyuge y el Estado. Las tres primeras clases pueden concurrir juntas a la sucesión y el Estado sólo viene a la sucesión cuando faltan los anteriores.

La primera clase de los parientes legítimos comprende tres categorías: A) Hijos y descendientes; B) Padres o superiores ascendientes así como hermanos y hermanas y sus descendientes; y C) Otros parientes legítimos hasta el sexto grado según Decreto-Ley del 16 de noviembre de 1916.

Dentro de los hijos se encuentran además de los legítimos, los legitimados y adoptivos y sus descendientes.

Todos los descendientes legítimos son llamados con igualdad de derechos sin distinción de sexos y sin privilegios de primogenitura.

Si los hijos o descendientes vienen a la herencia por derecho propio la división se hace entre ellos por cabeza y si vienen por derecho de representación se hace por estirpe, operando después en cada estirpe la división por cabeza.

En relación a los ascendientes, vienen a la sucesión por falta de descendientes del difunto, y les corresponde un tercio de la herencia, juntamente o al progenitor único.

Y respecto a los ulteriores ascendientes, si son del mismo grado, la herencia se divide en dos partes iguales, una para la línea materna y otra para la paterna, y les corresponde nunca menos del tercio de la herencia.

Los hermanos y hermanas consanguíneas o uterinos y sus descendientes, si concurren con hermanos y hermanas de doble vínculo o descendientes de éstos, tienen derecho a la mitad de la cuota que corresponde a los hermanos de doble vínculo.

Y en cuanto a los parientes legítimos hasta del sexto grado, se abre la sucesión a su favor, tomando en cuenta a los más próximos en grado y sin distinción de líneas. Y heredan siempre que al morir el causante no haya dejado hijos o descendientes de éstos, ni progenitores, ni ascendientes, ni hermanos ni hermanas, ni descendientes de éstos.

La segunda clase en el orden de suceder son los parientes naturales. La condición necesaria para que se pueda hablar de sucesión pasiva o activa de un hijo natural, es que haya sido reconocido por el progenitor o declarado como tal por sentencia. El derecho sucesorio se extiende hasta los descendientes del reconocido. Si éstos concurren con hijos o descendientes legítimos, les corresponde la mitad de la cuota de los legítimos. Si concurren con ascendientes y el cónyuge, les corresponde cinco doceavas partes. Si concurren solamente con ascendientes o con el cónyuge, les corresponden dos terceras partes, y si faltan todos los indicados, el hijo natural recoge la totalidad de la herencia, y excluye a los colaterales más próximos, dentro de éstos a los hermanos legítimos, y si el hijo natural premurió al padre, y si deja hijos legítimos.

vendrán éstos en su lugar. Cuando el hijo natural viene a la sucesión en concurrencia con otros, se debe tener en cuenta todo lo que haya recibido del progenitor en vida, y se debe imputar a la porción que sucede, salvo que el progenitor haya dispensado tal obligación.

En cuanto al progenitor del hijo natural o declarado como tal por sentencia, tiene un derecho limitado. Si el hijo natural deja descendientes, el progenitor queda excluido, si concurre éste con el cónyuge del hijo, obtiene la mitad de los bienes, y sólo si faltan descendientes y el cónyuge del difunto, el progenitor tendrá derecho a la totalidad de la herencia. Ninguna relación se crea entre el hijo reconocido y los parientes del progenitor.

La tercera clase en el orden de suceder, comprende al cónyuge supérstite. Se necesitan dos requisitos para que tenga derecho a suceder: Que exista un matrimonio válido y que contra el cónyuge no se hubiese pronunciado sentencia definitiva de separación personal.

Si concurre con hijos o descendientes legítimos, goza de una porción hereditaria igual a la de cada uno de los hijos, comprendiendo en el número de los hijos al cónyuge, tal porción es en usufructo, y no puede ser mayor de una cuarta parte de la herencia. Si concurre con ascendientes y con hijos naturales del difunto, le corresponde una cuarta parte del caudal hereditario. Si concurre con ascendientes, o con hijos naturales, o con hermanos o hermanas del difunto, o descendientes de éstos, su derecho sucesorio es de un tercio del caudal. Si concurre con el progenitor natural del difunto, tiene derecho a la mitad del caudal, y si concurre con parientes dentro del sexto grado, le corresponden dos terceras partes, y si faltan todos, obtendrá la totalidad del caudal.

En los casos de concurrencia con otros herederos, debe imputar a su porción hereditaria lo que adquirió en virtud de lucros dotales o convenciones matrimoniales. El lucro se defiere en propiedad al cónyuge supérstite en el caso de que no haya descendientes del cónyuge premuerto, en caso contrario en simple usufructo, salvo que los cónyuges hayan pactado otra cosa.

La cuarta clase en el orden a suceder, le corresponde al Estado, este derecho se toma del Derecho Romano, que lo introdujo en la Lex Julia. Se abre la sucesión a su favor, siempre que falten las personas primeramente llamadas a suceder, según las reglas establecidas.

El Estado es el último heredero y, por lo tanto, heredero necesario, por razones de orden general y porque debe proveer a los intereses colectivos.

5.- EL DERECHO SUCESORIO EN EL DERECHO ESPAÑOL.

El Derecho español observó una gran cantidad de leyes romanas, durante la Edad Media en la Península Ibérica predominó el interés por el Derecho Justiniano, y las clases feudales se apoyaron en el Derecho Canónico. El Derecho civil se reguló por el Fuero Juzgo, los Fueros Municipales y el Fuero Viejo de Castilla. Posteriormente se vió la necesidad de unificar el Derecho en Europa, y parte de la unificación se debió al Rey Alfonso VIII, el Sabio, quien contribuyó con varias obras jurídicas, destacando entre ellas, el Fuero Real de 1255 y las Leyes de las Siete Partidas de 1256. Estas Leyes así como la Novísima Recopilación tuvieron gran importancia dentro del Derecho español.

La antigua legislación española consideró a la herencia como un modo universal de adquirir el dominio de algo, y se reconocieron los testamentos públicos y privados tanto abiertos como cerrados, los primeros se otorgaban ante el Rey y los testigos no eran necesarios, y en los privados era necesaria la intervención de testigos. Y el testamento era válido aún sin institución de heredero o si habiéndolo no pudiera o no aceptara la herencia.

En cuanto a la capacidad para testar la tenían los varones que fuesen mayores de catorce años de edad y las mujeres mayores de doce, así como los locos en intervalos de lucidez, y los sordos y mudos la tenían pero con requisitos especiales. Y los que carecían de esta capacidad eran los religiosos profesos, los hijos que estuvieran bajo la potestad de los condenados a muerte así como éstos, y el pródigo.

Una de las instituciones importantes en materia de sucesiones en el Derecho español, fueron los mayorazgos, que era el derecho a suceder en los bienes dejados por el testador, con la condición de que se conservaran íntegros perpetuamente en la familia y los poseyera el primogénito o el llamado por el propio testador.

En la actualidad, respecto a la sucesión testamentaria, nos comenta el Tratadista Ramón M^a Roca Sastre, quien hace los estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas, en la obra citada de los coautores alemanes Ludwln Enneccerus, Theodor Kipp y Martín Wolff, que la libertad para testar manifiesta el principio de la autonomía de la voluntad, y que el único negocio jurídico a través del cual se puede ejercitar tal libertad es el testamento, que es un acto personalísimo y en consecuencia, no se puede hacer por medio de comisario o mandatario.

Y nos menciona que el Código civil español establece que, "... El testamento es el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de sus bienes ... Y no podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero ... No siendo válido en España el testamento mancomunado que los españoles otorguen en país extranjero, aunque lo autoricen las leyes de la nación donde su hubiese otorgado ... Por consiguiente, el testamento mancomunado es nulo en el régimen del Código civil ..." (11).

(11) Ob. Cit. p. 351.

En cuanto a la capacidad para otorgar testamento todos la tienen siempre que sean mayores de catorce años, y las personas que habitual o accidentalmente no se encuentren en su cabal juicio la tendrán sólo en intervalos de lucidez. En consecuencia, las incapacidades para otorgar testamento se refieren a los menores de catorce años y a las personas que habitual o accidentalmente no se encuentren en su cabal juicio. Y hay incapacidades relativas, por ejemplo: Que el menor de edad no puede otorgar testamento ológrafo, o que las personas ciegas o que no sepan o no puedan leer no podrán otorgar testamento cerrado.

Para que un testamento tenga validez y eficacia es necesario cumplir con los requisitos establecidos para alguna de las clases predeterminadas por la ley, esto es, deben cumplir con la forma.

Jurídicamente el testamento se caracteriza por una naturaleza negocial mortis causa, una estructura unilateral, un contenido sucesorio y una forma legal.

Dentro del contenido sucesorio se puede señalar la institución de heredero, una condición o un término, sustituciones, institución de legados, modos o cargas, y se pueden señalar normas de ejecución de instituciones sucesorias como lo son las disposiciones sobre colocación, partición o fijación del orden de pago de legados, etc., y en referencia al contenido familiar puede haber disposiciones de parentesco como una legitimación o reconocimiento.

Los testamentos pueden ser: Comunes o especiales, los comunes son el ológrafo y el público abierto o cerrado, y los especiales son el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero.

Por lo que corresponde al testamento ológrafo, éste ha

sufrido dos modificaciones, una en la que se requirió la mayoría de edad (1889), y la otra en la que se suprimió el requisito formal del uso de papel sellado (1904).

Este testamento se otorga mediante escrito redactado todo él por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorga. Los extranjeros podrán otorgarlo en su propio idioma, y los españoles podrán otorgarlo en idioma extranjero. Puede presentarse el testamento al juzgado para su protocolización y el secretario judicial rubricará todas las hojas del testamento, si contiene palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, deberá salvarlas el testador con su firma. Únicamente pueden otorgar esta clase de testamento, las personas mayores de edad y que sepan y puedan leer.

Sólo se prevé la custodia oficial del testamento ológrafo otorgado en país extranjero por un español, que lo dejare en poder del agente diplomático o consular de España. En los otros casos, se puede tomar razón en el registro general de actos de última voluntad, si los otorgantes lo desean y lo hacen constar por medio de acta notarial, pero si no se realiza lo anterior, después de que muere el testador, ha de ser elevado a documento público, mediante el procedimiento dirigido a su protocolización, sin éste procedimiento el testamento ológrafo es ineficaz.

Por lo que corresponde al testamento público, abierto o cerrado, requiere de la presencia de determinadas personas que tienen la misión de autorizar el acto, como el notario, o los agentes diplomáticos o consulares de España en el extranjero, que hacen las veces de notarios respecto de los Españoles, y deben de intervenir siempre testigos que vean y entiendan al testador, y han de ser tres si el testamento es abierto y cinco si es cerrado.

No podrán ser testigos en los testamentos: Las mujeres; los menores de edad; los que no tengan la calidad de vecinos o domiciliados en el lugar del otorgamiento del testamento; los ciegos y los totalmente sordos o mudos; los que no entienden el idioma del testador; los que no estén en su sano juicio; los que hayan sido condenados por delito de falsificación de documentos públicos o privados; y los dependientes o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del notario; así como los herederos y legatarios instituidos en el propio testamento y los parientes de los mismos en el mismo grado de parentesco anterior.

La manifestación de última voluntad del testador puede hacerse de palabra o por escrito. En el primer caso, el testador expresará su última voluntad al notario y a los testigos, redactándose el testamento con arreglo a ella, en el segundo caso, el testador presentará por escrito su disposición testamentaria.

El testamento cerrado podrá ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego, en papel común, con expresión del lugar, día, mes y año en que se suscribe, y el testador pondrá su firma entera en todas las hojas y al pie del testamento. Cuando el testador no sepa o no pueda firmar, lo hará a su ruego otra persona, quien rubricará las hojas, expresando las causas de la imposibilidad. Debe ser manuscrito el testamento y no afecta a su validez el idioma en que esté redactado, y es necesaria la declaración de que a juicio del notario, el testador cuenta con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento, y que los testigos no se encuentran comprendidos en ninguna de las prohibiciones establecidas en el Código civil, así como la dación de fe del notario de que se cumplieron con todas las formalidades establecidas en la ley.

La escritura pública que constituye el testamento queda bajo la custodia del notario, formando parte de su protocolo y podrá obtener copia el interesado.

Se regulan dos formas secundarias de testamento abierto notarial: El testamento que otorga una persona que es enteramente sordo, éste deberá leer por sí mismo su testamento, y si no sabe o no puede, designará a dos personas para que lo lean en su nombre, siempre en presencia de los testigos y el notario; y la segunda forma es cuando el testador sea ciego, entonces, se dará lectura del testamento dos veces, una por el notario y otra por uno de los testigos u otra persona que el testador designe.

Para testar en lengua extranjera, se requiere la presencia de dos intérpretes elegidos por el testador, para que traduzcan sus disposiciones al castellano.

Hay variantes en los testamentos, determinadas por circunstancias perentorias que justifican prescindir del funcionario público autorizante, y se encuentran sujetos a periodos de validez, por ejemplo: Que el testador se encuentre en peligro inminente de muerte, puede otorgar testamento ante cinco testigos idoneos sin necesidad de notario; o en los casos de epidemia, puede también otorgar testamento sin intervención de notario, ante tres testigos mayores de dieciséis años; o en el testamento militar, el cual sólo puede otorgarse en tiempos de guerra ante un capitán o un jefe de mayor graduación y dos testigos, pero si se otorga en una batalla, asalto o combate, y en general en todo peligro próximo de acción de guerra, se podrá otorgar de palabra únicamente ante dos testigos.

En el Derecho español no se admiten los contratos sucesorios ni testamentos mancomunados, pero la Compilación aragonesa, si admite el testamento mancomunado y lo limita a

los cónyuges. Y los contratos sucesorios son admitidos en: La escritura de adopción en donde el adoptante se obliga a instituir heredero al adoptado, y en las capitulaciones matrimoniales en que uno de los esposos dispone de sus bienes futuros sólo para el caso de muerte a favor del otro esposo, así como en el caso de promesa de mejoras o de no mejorar o bien una mejora con o sin entrega de bienes otorgada por el causante, cuya promesa o mejora será irrevocable siempre que se haya hecho en capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso con un tercero.

El Autor Ramón M^e Roca Sastre nos comenta que el Código civil no permite el testamento mancomunado, sin embargo, permite que dos personas otorguen un contrato sucesorio en un mismo instrumento sin necesidad de que sean cónyuges, entonces puede hablarse de contrato sucesorio mancomunado.

En cuanto a la institución de heredero consistirá en la atribución del carácter o condición de sucesor universal. El heredero instituido en una cosa cierta y determinada (ex re certa) será considerado como legatario. Para que sea eficaz la institución se exige que la persona física o jurídica designada exista o al menos esté concebida. En relación a lo anterior se señala que las incapacidades para suceder son: La falta de existencia y las asociaciones no permitidas por la ley. Es ineficaz la institución de heredero hecha a favor de quien ya no existe en el momento de abrirse la sucesión.

La institución de heredero puede otorgarse bajo condición o término tanto suspensivo como resolutorio.

Si el causante instituye a uno o varios herederos de parte alícuota y no agotan la herencia se abre la sucesión intestada respecto de la parte alícuota de la herencia no dispuesta, pudiendo entrar en ésta como heredero intestado la misma

persona llamada como heredero testamentario.

La institución de heredero no es necesaria para la validez del testamento, salvo en los territorios de Baleares, Cataluña y Navarra, en donde rige la regla "Nemo pro parte testamentus pro parte intestatus decedere potest".

En relación a la sucesión fideicomisaria, el heredero fiduciario, como continuador que es de la personalidad patrimonial del causante, es dueño de la herencia y continuará siéndolo hasta que llegue el momento de tener que restituir la herencia al fideicomisario, restitución que comprende la sustancia de la herencia, más no los provechos anteriores a dicha restitución, los cuales hace suyos el fiduciario. Económicamente la posición del fiduciario tiene cierta analogía con el usufructuario.

El Tradadista citado nos comenta en cuanto al legado, que es eficaz aún cuando sea a favor de persona que no ha nacido, ni que esté concebida al tiempo de fallecer el causante.

Tanto en la institución de heredero como en la de legatarios, hay posibilidad de sustituciones, ya sea vulgar, pupilar o ejemplar.

Puede ser objeto de legado toda cosa o prestación susceptible de una atribución patrimonial, o una cuota de la herencia líquida, en cuyo caso surge un legado de parte alicuota o legado parciario. Dentro de los legados se encuentra el alternativo, en donde la elección le corresponde al heredero, si es de efecto personal, y si es de efecto real, la elección le corresponde al legatario, de no disponer de otra cosa el causante; aunque la regla general, es que el causante debe determinar por sí mismo el objeto del legado, de lo contrario será nulo, no cabe admitir que el causante pueda dejar al arbitrio del heredero la asignación del objeto legado.

El propio Ramón M^a Roca Sastre nos expone la sucesión legítima en el Derecho español que se abre cuando no hay testamento o aunque habiéndolo ha perdido su validez o se ha declarado nulo, ya sea por muerte previa del instituido al testador o por repudiar la herencia y no haber sustituto o porque el instituido bajo condición suspensiva muera antes de que ésta se cumpla o cuando el causante distribuya toda su herencia en legados y alguno de éstos sea ineficaz, etc.

En relación al orden de suceder se señala que el primer orden se subdivide en dos grupos: Los hijos legítimos y sus descendientes y el segundo corresponde a los hijos naturales reconocidos o legitimados por concesión del Estado. El primer grupo de éste orden se antepone a los ascendientes y a los naturales. En la Compilación catalana estos hijos se equiparan a los legítimos.

La adopción no atribuye derecho alguno de sucesión legítima entre el adoptante y el adoptado, pero a favor de éste último, hay la posibilidad de que en la escritura de adopción el adoptante le otorgue promesa de instituirlo heredero, y en relación a los derechos que le corresponden al adoptado referentes con su familia natural siempre los conserva. En Cataluña se establece que en la sucesión legítima del padre o madre adoptante sus hijos adoptivos y los descendientes legítimos de éstos se equiparan a los hijos legítimos, incluso en el caso de concurrir con éstos en la sucesión.

El segundo orden le corresponde a los ascendientes que se anteponen a los comprendidos en el segundo grupo del primer orden. Los padres tienen derecho a toda la herencia si existieren o si sólo existe uno, faltando éstos suceden los ascendientes más próximos en grado y si hay del mismo grado en

una línea heredan por cabeza, si los hay de ambas líneas se divide por mitad. A falta de ascendientes, suceden los hijos naturales legalmente reconocidos y los legitimados por concesión del Estado, y a sus descendientes legítimos se les concede el derecho de representación.

El tercer orden se subdivide en dos grupos: Los hermanos del causante y los descendientes de éstos, y el segundo corresponde a los demás colaterales hasta el cuarto grado, anteponiéndose a éstos últimos el cónyuge supérstite, el cual al ser llamado a suceder, hereda toda la herencia.

El cuarto orden lo ocupa el Estado, por falta de personas que tengan derecho a heredar ab intestato. El derecho de sucesión del Estado se extiende incluso, a los bienes sitos en el extranjero, aunque sean inmuebles.

De la herencia que sucede el Estado, en las 2/3 partes tiene el carácter de fiduciario simple, y respecto del 1/3 restante es heredero sub modo; una tercera parte de la herencia será asignada a las instituciones municipales del domicilio del difunto, otra será asignada a las instituciones provinciales del difunto, y la última será imputada a los presupuestos generales del Estado, en concepto de recursos eventuales de todos los ramos.

C A P I T U L O I I

EL DERECHO SUCESORIO EN NUESTRA LEGISLACION

1.- EL DERECHO SUCESORIO EN LA EPOCA PRECOLONIAL.

Las grandes y distintas civilizaciones que existieron en el territorio que ocupa actualmente México en la época precolonial fueron: Primero la Olmeca cuyo florecimiento ocupa los últimos siglos anteriores a la era cristiana, después y simultáneamente la Teotihuacana y el antiguo Imperio Maya (heredera de los Olmecas) de los siglos III a IX de nuestra era, después la Tolteca (Tula) en el siglo X que fertiliza los restos de la primera civilización Maya y da origen en Yucatán al nuevo Imperio Maya, y finalmente la Azteca ramificación de la Chichimeca con absorciones Toltecas y en íntima convivencia con la Texcocana que surge desde el siglo XIV d.C., la cual llegó a una fase culminante pero con signos de cansancio cuando se inició la conquista.

En la periferia de estas grandes culturas encontramos otras como la Totonaca en la zona costera del Golfo, la Zapoteca y la Mixteca en el sureste y la Tarasca sobre el Pacífico.

En relación a los Olmecas nos comenta el Tratadista Guillermo Floris Margadant S. en su obra "Introducción a la

Historia del Derecho Mexicano", que esta cultura floreció entre los siglos IX y I a.C., en la Zona costera del Golfo, transmitió muchos de sus rasgos a las culturas Maya, Teotihuacana, Zapoteca y Totonaca.

Poco y vago es lo que se sabe de los aspectos jurídicos de esta cultura. Algunos especialistas creen encontrar en esta cultura dos clases: Conquistadores y conquistados, y se habla de un verdadero imperio de caracteres teocráticos (reyes-sacerdotes) con su centro en los actuales estados de Veracruz y Tabasco, y con extensiones en Oaxaca, Chiapas, Guerrero y Morelos.

En relación a los Mayas, fue un grupo étnico unido por un tronco lingüístico e ideas religiosas comunes, se encontraban entre las actuales regiones de Tabasco a Honduras. Su primer florecimiento (Antiguo Imperio) se manifestó entre los siglos IV y X d.C. No crea un Imperio centralizado, sino un conjunto de ciudades-estado (Yucatán, Guatemala, Honduras), dirigidos por nobles y sacerdotes. Durante el siglo IX d.C., fue decayendo este imperio, y un centro tras otro eran abandonados. Bajo la influencia de conquistadores Toltecas, llegados del noroeste, surgió entre el año 975 y el 1200 d.C., una nueva civilización a la que se debe el nuevo Chichén-Itzá, ciudad dominante en una triple alianza con Mayapán y Uxmal. Una guerra civil produjo de 1200 a 1441, una dictadura por parte de los líderes de Mayapán, los Cocom, y una fase caótica media entre la liberación respecto de ese despotismo y la llegada de los españoles a esas tierras (Aguilar y algunos otros en 1511; luego las expediciones de Francisco Hernández de Córdoba en 1517, y de Juan de Grijalva en 1518; y finalmente la llegada de Cortés en 1519).

La mayoría de la documentación precortesiana maya, fue

sacrificada por el clero religioso, sin embargo, son importantes las obras de Chilam Balam de Chumayel y la Crónica de Calkini, así como las relaciones de Motul, Mérida, Izamal y Santa María Campocolch, y las obras de historiadores como Diego de Landa, Bernardo de Lizana y Antonio de Herrera, así como la Apologética historia de las Indias de Bartolomé de las Casas.

En cuanto a las sucesiones mayas, la herencia se repartía entre la descendencia masculina, y en caso de minoría de un heredero, fungía la madre o el tío paterno como tutor, y en la entrega de las cuotas hereditarias intervenían las autoridades locales. Se sabe que cada familia recibía, con la intervención de los sacerdotes, una parcela para su uso personal, pero se ignora lo que pasaba con la parcela en caso de defunción del jefe de familia; si la recuperaba la comunidad, o si se repartía entre todos los hijos, o si se entregaba a un hijo privilegiado.

En relación a los Chichimecas, se sabe que eran crueles e incultos, que originalmente vivieron en el noroeste del actual territorio mexicano, sobre todo entre el Río Lerma, el Lago de Chapala y el actual Durango. Al comienzo del segundo milenio de nuestra era, comenzaron a hacer frecuentes incursiones en el centro del país, destrozando la cultura Tolteca y se establecieron en una multitud de lugares del altiplano; Tenayuca, por ejemplo, era un importante centro Chichimeca, y todos hablaban náhuatl. La masa principal de estos Chichimecas se estableció en Tenayuca, bajo Xólotl, el cual formó por matrimonios y conquistas militares un imperio, que cuatro generaciones después, trasladó su capital a Texcoco.

En la organización de la familia chichimeca llama la atención el sistema de la residencia matrilocal; el hogar se formaba al rededor de la madre, puede ser que se trate de un

eco del matriarcado, o que se deba a la división de labores.

En relación a los Aztecas, estos fueron una rama de los Chichimecas.

Después de participar los Aztecas en la derrota de Tula, capital Tolteca, en la segunda mitad del siglo X, éstos llegaron al valle de México, dirigidos por su dios-protector Huitzilopochtli. En el valle de México hubo en aquel entonces un conjunto de ciudades, que vivían en competencia militar y comercial, conformadas por victoriosos Chichimecas así como por derrotados Toltecas y pobladores autóctonos.

Los Aztecas vivieron primeramente en Chapultepec, pero tuvieron que huir a una isla, en el Lago de Texcoco, por las políticas de sus poderosos vecinos, donde construyeron poco a poco su notable ciudad Tenochtitlán (¿1325 d.C.?), que con el tiempo absorbería su antiguo hogar, Chapultepec, y a partir de ese momento su política fue más hábil. Los servicios que como mercenarios prestaron a Azcapotzalco, mucho tiempo dominado por el glorioso déspota Tezozómoc, dieron resultado a ambas partes, culminando esta colaboración con la derrota de Texcoco, en 1418. Entre tanto, desde 1383 los Aztecas transformaron su gobierno aristocrático en monarquía, y se eligió un rey; el mexi, de pretendida ascendencia tolteca, que aunque derrotados tenían todavía la reputación de superioridad cultural. Después de la muerte de Tezozómoc, Tenochtitlán tomó la iniciativa total en 1429, junto al exiliado pretendiente al trono de Texcoco, Netzahualcóyotl; reinante de 1431 a 1472.

Los Aztecas destrozaron Azcapotzalco en 1430, y obtuvieron la hegemonía dentro de una triple alianza con Texcoco y Tlacopan (Tacuba), con el apoyo de esa alianza, los Aztecas lograron extender su poder hasta Veracruz, así como más allá de Oaxaca y de las costas de Guerrero; pero sin lograr imponerse a

los Tlaxcaltecas y respetaron la independencia de los Tarascos.

En 1502 comenzó el régimen de Moctezuma II. El Imperio Azteca era demasiado grande para los alcances que tenían los medios de comunicación de aquel entonces además de carecer de aquella cohesión capaz de producir un idealismo común, ya que generalmente los súbditos odiaban a la élite azteca. Fue así como un puñado de 450 españoles aproximadamente pudo obtener una victoria que, simples consideraciones cuantitativas, a primera vista sería imposible.

En la información que se tiene de esta cultura se menciona que de las ochenta Leyes que se le atribuyen a Netzahualcóyotl treinta y dos han llegado hasta tiempos actuales en una forma más o menos fehaciente.

El derecho se manifestó también por costumbres regularmente ligadas a la religión y eran tan conocidas por todos que no era necesario que se escribieran.

Por otro lado se escribieron los Códices entre los que sobresale el poscortesiano "Códice Mendocino", que se realizó por escogidos intelectuales indios por órdenes del excelente virrey Antonio de Mendoza que contiene año por año una crónica de los Aztecas desde 1325, así como un relato de los tributos debidos al rey azteca y una detallada bibliografía de Moctezuma.

La escasez de Códices precortesianos se debe al hecho de que el clero, inclusive el culto humanista Juan de Zumárraga hizo quemar muchos documentos, pero existen obras de historiadores indígenas poscortesianos como Fernando de Alva Ixtlilxóchitl, Juan Bautizta Pomar así como descripciones que hicieron los españoles de las primeras generaciones como Bernal Díaz del Castillo o el funcionario Alonso Zurita o por personas ligadas a la iglesia como Fray Bernardino de Sahagún.

En relación al sistema de familia, el matrimonio era potencialmente poligámico, por ejemplo, en Texcoco y Tacuba, pero sólo tratándose de los nobles, pero una esposa tenía la preferencia sobre las demás, y tal preeminencia también se manifestaba en la situación privilegiada que tenían sus hijos, en caso de repartición de la sucesión del padre.

En materia de sucesiones, la línea masculina excluía a la femenina. La vía legítima se podía modificar por decisión del de cuius, basada en la conducta irrespetuosa, cobarde, pródiga, etc., de los perjudicados por tal decisión.

Entre los nobles existían sistemas sucesorios especiales, al estilo del mayorazgo europeo.

2.- EL DERECHO SUCESORIO EN LA EPOCA COLONIAL.

En España predominaba el derecho romano-germánico, el cual en la época de la Colonia pasó a regir en la Nueva España, y por depender los conquistadores de la Corona de Castilla, sólo el derecho castellano fue el derecho para la América Latina.

La Nueva España no era una típica colonia, sino más bien un reino, que tuvo un rey, que era el rey de Castilla, y éste estaba representado en la Nueva España por un virrey, asistido por órganos locales con cierto grado de autonomía vigilada. Así como el rey tenía a su lado un Consejo de Castilla para los asuntos de la misma, pronto hubo un Consejo de Indias para las cuestiones indianas.

El derecho indiano fue expedido por las autoridades españolas peninsulares, y por sus delegados y funcionarios, así como por organismos en los territorios ultramarinos. Este derecho se complementaba por aquellas normas indígenas que no contrariaban los intereses de la Colonia o el ambiente cristiano.

Fue aplicable a la Nueva España en relación al derecho privado: Las Leyes de Toro de 1505, que a su vez se basaron en el Ordenamiento de Alcalá de 1348, el cual estableció un orden de observancia: A) Este Ordenamiento de Alcalá; B) Los Fueros Municipales y el Fuero Real y; C) Las Partidas.

Surge en la Nueva España la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias en 1680, para el caso de controversias, pero aún así se recurría a una nueva Recopilación, y siguiendo las controversias se tenía que fundamentar, incluso, en la Novísima Recopilación.

El Autor T. Esquivel Obregón en su obra "Apuntes para la Historia del Derecho Mexicano" nos dice que la institución de heredero no era necesaria en el testamento, y que el testador veía reducida la libertad de disponer de sus bienes en beneficio de determinadas personas de su familia ya que tenían el derecho de reserva. Si tenía hijos sólo podía disponer de un quinto del caudal en favor de extraños, y podía disponer de un tercio si tenía únicamente padres u otros ascendientes, y podía disponer libremente a falta de los anteriores.

En relación al cónyuge supérstite se estableció que todo lo que la mujer había obtenido de su marido por arras, testamento, legado, fideicomiso, donación o por cualquier otro título gratuito pasaba a los hijos en caso de contraer segundas nupcias, pero si no las contraía tenía derecho de usufructo en cuanto a los bienes hasta su muerte. Cuando la madre heredaba a uno de sus hijos bienes que éste había heredado del padre debía reservarlos, pues siempre eran propiedad de los hijos reservantes de aquel matrimonio. Cuando la viuda quedaba pobre y los hijos ricos con la herencia de su padre tenía derecho el cónyuge supérstite a la cuarta parte de los bienes con tal de que no excediera de cien libras de oro. Si la viuda o viudo pasaba a segundas nupcias se perdía la propiedad de esa cuarta marital, pero no el usufructo de la misma ya que era vitalicio.

La Nueva España tuvo de particular en materia de sucesiones lo relativo a las encomiendas, pues en el Derecho primitivo antillano se habló de un determinado número de años, generalmente dos, en que los indios debían servir al encomendero y se mandaba a veces que se hicieran nuevos repartimientos para evitar las grandes desigualdades que había

entre los mismos españoles por ese motivo, los Jerónimos, entre otros, llamaban la atención al monarca, acerca del perjuicio que recibían los indios con el cambio frecuente de dueño, y los encomenderos llegaron a sostener en 1517, que el rey les había prometido que tendrían la encomienda por su vida y la de sus hijos; pero nada hubo positivamente ordenado acerca de esta sucesión, y sólo se estableció por costumbre que al morir un encomendero que dejara viuda e hijos, a éstos se les aplicaran los indios para que pudieran sostenerse con el rango acostumbrado, gestionándose ante el monarca para que legalizara esa situación.

El Tratadista antes citado, en su obra también citada, nos señala que la primera cédula que dispuso acerca del derecho de suceder en la encomienda, es de 6 de noviembre de 1528, la cual establecía, "... En muriendo un casado no se quiten (los indios) a su mujer e hijos aunque sean bastardos ..." (12).

El 26 de mayo de 1536, se dió la llamada Ley de Sucesión, en la que de una manera general, se estableció el derecho de suceder por dos vidas; la del primitivo concesionario y la de sus inmediatos sucesores. Posteriormente llegó este derecho sucesorio hasta cinco vidas. En la cédula mencionada se establecía, que el encomendero debía estar casado en legítimo matrimonio, y que sus hijos fuesen legítimos, que hubiesen tratado bien a los indios, que hubiesen guardado las leyes y ordenanzas, y que hubiesen enseñado la Santa Fe Católica.

El 5 de abril de 1552, el emperador señaló que el hijo

(12) Tomo I, Segunda Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1984, p. 720.

mayor del encomendero sucedería en los indios, y a falta de éste, sucedería el hijo segundo y así sucesivamente, y a falta de hijos varones, sucedería la hija mayor, y a falta de ésta, la segunda, etc., y a falta de hijos e hijas, sucedería la mujer del tenedor de los indios.

En caso de que el hijo mayor hubiese muerto antes que el padre, sucedía el nieto; hijo del hijo mayor, con preferencia al hijo segundo.

Se expedían nuevos títulos de sucesión por los virreyes o gobernadores, por orden de Felipe II, a partir del 15 de marzo de 1627.

La encomienda no entraba en el patrimonio del beneficiario de tal manera que pudiera enajenarla o gravarla como el resto de sus bienes, y sólo por vía especial el padre podía ceder el aprovechamiento de la encomienda a título de dote a favor del hijo o hija que le hubiere de suceder, pero sin que se hiciese nuevo título hasta la muerte del primer poseedor. Si la dote se hubiera constituido en favor de una hija y sobreviniese el nacimiento de un hijo legítimo, la donación quedaba ipso facto revocada.

En relación a la sucesión de cacicazgos, ordenó Carlos V algunos principios, y consecuentemente con esos principios, Felipe II el 26 de febrero de 1557 dispuso; como nos comenta el Tratadista citado, "... Algunos naturales de las Indias eran en tiempo de su infidelidad caciques y señores de pueblos y porque después de su conversión a nuestra Fe Católica, es justo que conserven sus derechos, y al haber venido a nuestra obediencia no los haga de peor condición: Mandamos a nuestras reales audiencias, que si esos caciques o principales descendientes de los primeros, pretendieren suceder en aquel género de señorío o cacicazgo y sobre pidieren justicia, se la hagan, llamadas y

oidas las partes a quien tocare con toda brevedad ..." (13).

Las audiencias se movían aparte de por solicitud del interesado, de oficio, para hacer la investigación conducente a fin de que se conservara el orden primitivo de la administración de lo pueblos de naturales, y la base de la decisión debían de ser las costumbres que en materia de sucesiones existieran en cada pueblo. Con la misma idea se había de procurar que los indios se establecieran en el cacicazgo de donde eran naturales y se impartiera justicia a los caciques que pretendieran a los indios solariegos, es decir, adscritos a determinado pueblo o cacicazgo.

Entre las instituciones en España se encontraba la de los mayorazgos, que era el derecho a suceder en los bienes dejados por el fundador con la condición de que se conservaran íntegros perpetuamente en la familia y los poseyera el primogénito o el llamado por el propio fundador. En Indias el que solicitaba fundar un mayorazgo debía de obtener previamente que la audiencia informara directamente y no por conducto del interesado acerca del número de hijos, bienes y haciendas que tenía así como su calidad y valor, y si de la fundación podía resultar inconveniente.

Felipe II premiaba a los que llevaran población más allá de las fronteras de donde estaban establecidos con perpetuidad las tierras y bienes con los que eran compensados por sus servicios aparte del dinero que les daban, y con ésto se contribuyó a extender los dominios españoles en América.

En cuanto al testamento de los indios la ley no podía

(13) Ibidem, p. 729.

pasar inadvertido el hecho de que la institución testamentaria, con todas las solemnidades de la legislación castellana, no podía prontamente penetrar en la mente de los indios, dando por resultado que frecuentemente morían sin hacer testamento, o testaban sin formalidad alguna que pudiera dar autenticidad al acto, lo que daba lugar a que se introdujeran doctrineros y otras personas, recogiendo sus bienes y alhajas y disponiendo que se gastaran en limosnas y sufragios. Para que no se quedaran desheredados los hijos, los padres o hermanos, y los demás que conforme a derecho debían de suceder, se obligó a los Arzobispos y Obispos así como a los provinciales de las religiones, hacer diligencias y los mandamientos necesarios, y ya no era necesario que los testamentos se hicieran ante escribanos, ni testigos vecinos, bastaba que se escribiera por uno de sus gobernadores y que intervinieran dos o tres testigos varones o mujeres, de los que en ese momento se hallaren, y pasaba como testamento solemne, si lo anterior se comprobaba después ante juez competente.

Podía una persona ordenar por sí su testamento, o bien dar poder a otra para que lo hiciera; este apoderado se llamaba comisario, quien podía ser también albacea, y éste no debía delegar su poder en otra persona, a menos que se le hubiera dado facultad para ello.

Varios ordenamientos rigieron en la Nueva España, entre otros, el Cedulaario de la Nueva España del Doctor Vasco de Puga de 1563; la Copulata de las Leyes de Indias; El Proyecto de Recopilación de Indias de Felipe II de 1596; el Cedulaario Indiano de Diego de Encinas de 1596; El Proyecto de Recopilación de Diego Zorrilla; Sumarios de la Recopilación de las Leyes de Indias de Rodrigo de Aguiar y Acuña de 1628; el Proyecto de Recopilación de las Leyes de Indias de Antonio de

León Pinelo 1636-1658; La Recopilación de las Leyes de Indias de 1680; así como el Proyecto de Nuevo Código de las Leyes de Indias de 1792.

3.- EL DERECHO SUCESORIO EN LA EPOCA INDEPENDIENTE.

En la Nueva España fue virrey Revillagigedo de 1779 a 1794, quien fue excelente en la administración de su mandato, pero la decadencia en Madrid hacía suponer que esta línea no podría continuar por mucho tiempo. Además de la manifiesta debilidad de España, varios factores más contribuyeron a la Independencia de México y de la mayor parte de la América Española.

Desde 1808 muchos criollos de la Nueva España pensaron que el momento era oportuno para obtener una independencia regional, eliminándose para siempre la discriminación de que eran objeto por parte de los peninsulares. Hubo una crisis de autoridad causada por la discordia entre ricos criollos y los poderosos peninsulares, pero sin resultados para ninguno de los dos, y con esto se preparó el camino para un movimiento criollo popular de indios y mestizos, que tuvo un comienzo visible en la famosa proclamación del sacerdote Hidalgo en septiembre de 1810.

El 18 de marzo de 1812 fue promulgada la Constitución de Cádiz, que fue la primera Constitución formal que rigió a México, y que fue una obra buena para aquella época.

En 1823 Morelos convocó al primer Congreso de Anáhuac en Chilpancingo, que debía preparar una nueva Constitución para la reciente Nación; sin deshechar a Fernando VII como soberano, quien llega al poder con el apoyo del ayuntamiento de México.

El 14 de septiembre del mismo año Morelos publica "Los Sentimientos de la Nación" en 22 artículos, y el 21 de noviembre también del mismo año publica el artículo 23. En

estos se proclama: La libertad de América; el monopolio del catolicismo; la soberanía popular depositada en tres poderes; la exclusiva concesión de empleos públicos a americanos; la necesidad de moderar la opulencia y la indigencia; la ausencia de privilegios; la abolición de la esclavitud; un derecho de importación de un diez por ciento; la inviolabilidad del domicilio; la abolición de la tortura; se señala el 12 de diciembre como día nacional; un impuesto del cinco por ciento sobre ingresos, entre otras proclamaciones.

El primer Presidente bajo la nueva Constitución de 1857 fue Comonfort y después Benito Juárez, con sus Leyes de Reforma de 1859, quien fue proclamado por un grupo de liberales.

En mayo de 1864, llega a México Maximiliano de Habsburgo, procedente de Francia, quien fue convencido por diplomáticos mexicanos para que aceptara el Trono de México, y se estableció un Imperio, el cual cayó brevemente.

a) CODIGO CIVIL DE 1870 y 1884.

Nos comenta el Tratadista Guillermo Floris Margadant S., en su obra citada, que en la Constitución de Cádiz en su artículo 159, había previsto la elaboración de un Código civil, pero a pesar de esto y de la moda codificadora de Napoleón. México tardó mucho en sustituir el confuso derecho civil, heredado de la fase colonial, por un propio derecho. La historia del Código comienza cuando Juárez encargó a Justo Sierra hacer un proyecto, el cual fue publicado en 1861, y

sometido a una Comisión Revisora que produjo en 1866 los primeros libros del Código, todavía bajo el Imperio. Después de la caída del Imperio, una nueva Comisión formada por Mariano Yáñez, José María Lafragua, Isidro Montiel, Rafael Dondé y Eguía Lis, hizo algunas modificaciones y finalmente el 13 de diciembre de 1870 fue promulgado el Código Civil del Distrito Federal y la Baja California, que sirvió como ejemplo para los diversos Estados de la República.

Catorce años después del Código civil de 1870 el Distrito Federal recibió un nuevo Código en esta materia, el cual estuvo en revisión desde 1882 por la Comisión formada por E. Ruiz, Collantes y Buenrostro, y Miguel S. Macedo, estando como Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos el C. Manuel González, quien por decreto de 14 de diciembre de 1883 promulgó el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, y entró en vigor el 1º de junio de 1884; derogando al Código Civil del 13 de diciembre de 1870.

Tanto el Código civil de 1870 como el de 1884 en materia de sucesiones proporcionan en los artículos 3374 y 3237 respectivamente, la siguiente definición de testamento: "El testamento es el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes ó de parte de ellos."

Ambos Códigos establecieron que no podían testar en el mismo acto dos o más personas, ya en provecho recíproco, ya en favor de un tercero, esto es, no se permitieron los testamentos mancomunados.

Se dispuso igualmente en ambos Códigos que los requisitos esenciales para poder testar deberían ser los siguientes: Tener perfecto conocimiento del acto; tener perfecta libertad para ejecutarlo; no estar enajenado mental, y

tener la edad requerida por la ley; la mujer doce años de edad y el varón catorce.

Se mencionó que todos los habitantes del Distrito Federal y de la Baja California, de cualquier edad y sexo, tenían capacidad para heredar, y que no podían ser privados de ella de un modo absoluto, pero con relación a ciertas personas y a determinados bienes, se podía perder la capacidad para ser instituido heredero, por alguna de las causas siguientes: Por falta de personalidad, es decir, por no estar concebido al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o porque no era viable, entendiéndose por esto, que no vivía veinticuatro horas naturales; por delito; por presunción de influencia contraria a la libertad del testador, o a la verdad, o a la integridad del testamento; por falta de reciprocidad internacional; por utilidad pública; o por renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento.

También señalaron que el testamento otorgado legalmente, sería válido aunque no contuviera institución de heredero, y aunque el nombrado no aceptara la herencia o fuese incapaz de heredar.

El Código de 1870 señaló, que el testamento era un acto revocable hasta el último momento de la vida del testador, y que la renuncia a la facultad de revocar el testamento era nula, y que un testamento anterior quedaba revocado de pleno derecho por un posterior perfecto, si el testador no expresaba en éste, su voluntad de que el primero debía subsistir en todo o en parte; y el Código de 1884, en este sentido, toma esta característica del testamento, y complementa mencionando, que el testamento es un acto personal que no puede desempeñarse por procurador, y que el testador es libre para establecer condiciones al disponer de sus bienes; estas disposiciones son

características del testamento.

En ambos Códigos se señalaron las formas de testamentos, en el Código de 1870 en su artículo 3750 y en el Código de 1884 en su artículo 3481, y fueron: El público y el privado. El público, era el que se otorgaba ante notario y testigos idóneos, el Código de 1870 señaló que debía extenderse en papel del sello correspondiente, y el Código de 1884 que debía extenderse con las estampillas que señalara la ley. El testamento privado, era el que se otorgaba ante testigos idóneos, sin intervención de notario, pudiendo o no extenderse en papel sellado, y el Código de 1884 señaló, pudiendo o no extenderse en papel timbrado. El testamento público podía ser abierto o cerrado, y el privado sólo podía ser abierto.

En el testamento abierto el testador manifestaba su última voluntad en presencia de las personas que debían autorizar el acto, y en el cerrado el testador, sin revelar su última voluntad, declaraba que ésta se hallaba contenida en el pliego que presentaba a las personas que debían autorizar el acto.

Los testamentos privados fueron: El privado, el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero.

Ambos Códigos establecieron que no podían ser testigos de un testamento: Los amanuenses del notario que autorizaba el testamento; los ciegos y los que no entendían el idioma del testador; los totalmente sordos o mudos; los que no estaban en su sano juicio; los que no tenían la calidad de domiciliados; las mujeres; los varones menores de edad; y los que habían sido condenados por el delito de falsedad.

En cuanto a la institución de heredero, como ya se mencionó, no era necesaria, pero ésta podía hacerse, bien asignando al nombrado una cosa cierta o una cantidad determinada o una parte alicuota de la herencia.

El heredero no respondía de las deudas, de los legados, ni de las demás cargas testamentarias sino hasta donde se agotaran los bienes que había heredado.

Era nula la institución de heredero hecha en memorias o comunicados secretos, sin embargo, los legados sí podían ser dejados por estos medios bajo ciertos requisitos.

También señalaron que el testador podía nombrar sustitutos al heredero o herederos instituidos para el caso de que murieran antes que él o de que no pudieran o no quisieran aceptar la herencia, a lo que se le llamó sustitución vulgar. También a los menores de catorce años y a las mujeres menores de doce podía el padre o ascendiente bajo potestad estuvieren nombrarles sustitutos para el caso de que murieran antes de la edad referida, a lo que se le llamó sustitución pupilar. Del mismo modo, el ascendiente podía nombrar sustituto al descendiente mayor de edad que conforme a derecho había sido declarado incapaz por enajenación mental, a lo que se le llamó sustitución ejemplar.

Y quedó prohibida la sustitución fideicomisaria aunque se dió la posibilidad de que el padre dejara sus bienes a su hijo con la carga de transferirlos al hijo o hijos que tenía o que tuviere, en este caso, el heredero se consideraba como usufructuario.

En cuanto a la desheredación sólo podía tener lugar por las causas y en los casos en que la ley la permitía, y únicamente se podía hacer mediante testamento y con expresa declaración de causa.

La aceptación y la repudiación de la herencia las señalaron como actos enteramente voluntarios y libres para los mayores de edad.

En relación a los legados, éstos podían consistir en la

prestación de cosa o en la de un hecho o servicio. Se regularon los legados de usufructo, uso, habitación, servidumbre, así como los legados de cosa o cantidad determinada, de perdón de deudas, de cosa ajena, de alimentos, de educación y alternativo entre otros.

En esta materia de sucesiones testamentarias se establecieron en los Códigos de referencia dos sistemas radicalmente opuestos, el Código de 1870 seguía el sistema español de la legítima; el Tratadista José Arce y Cervantes en su obra "De las Sucesiones" cita a Pablo Macedo quien manifiesta que este sistema "... Era el sistema indudable que nos venía desde las Leyes de Toro, seguidas por toda la tradición española que regía en las principales naciones extranjeras ..." (14). Y el Código de 1884 cambió al sistema de la libre testamentifacción (testamentifactio).

El Código de 1870 que contenía el sistema de la legítima la reguló de la siguiente forma: En su artículo 3460 señala que "Legítima es la porción de bienes destinada por la ley á los herederos en línea recta, ascendente ó descendente, que por esa razón se llaman forzosos."

El testador no podía privar a sus herederos de la legítima sino en los casos expresamente designados por la ley. La legítima no admitía gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie.

La legítima consistía en cuatro quintas partes de los bienes, si el testador sólo dejaba descendientes legítimos o

(14) Editorial Porrúa, S. A., Primera Edición, México, 1983, p. 26.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

legitimados; en dos terceras partes, si sólo dejaba hijos naturales; y en la mitad, si sólo dejaba hijos espúrios (nacidos fuera de matrimonio).

Era inoficioso el testamento que disminuía la legítima en cualquiera de los casos establecidos. Y el derecho del heredero forzoso era pedir el complemento de la legítima. Y aunque hubiera heredero forzoso el testador era libre para dejar o no a su cónyuge la parte que por intestado tenía derecho.

El que tenía herederos forzosos podía disponer libremente de sus bienes en favor de cualquier persona siempre que tuviera la capacidad para adquirirlos, pero sin afectar la legítima. Y era nula toda disposición del testador que tuviere por objeto disminuir la legítima de sus herederos forzosos en provecho de alguno o algunos de ellos.

El testador que tenía herederos forzosos únicamente podía distribuir en legados la parte que conforme a derecho le correspondía, y que no estaba comprendida dentro de la legítima.

El Código de 1884 que introdujo el principio de la libre testamentifacción lo reguló de la siguiente forma: En su artículo 3323 señaló que "Toda persona tiene derecho de disponer libremente de sus bienes por testamento, á título de herencia ó legado."

Este derecho solamente se encontraba limitado por la obligación de dejar alimentos a sus descendientes, cónyuge supérstite y ascendientes de conformidad con lo siguiente: A los descendientes varones menores de veinticinco años; a los descendientes varones que estuvieren impedidos para trabajar y a las mujeres que no hubiesen contraído matrimonio y viviesen honestamente, en ambos casos no importaba que fuesen mayores de

edad; al cónyuge supérstite, si era varón debía estar impedido para trabajar, y si era mujer debía permanecer viuda y vivir honestamente; y a los ascendientes.

No había obligación de dejar alimentos a los descendientes, sino a falta o por imposibilidad de ascendientes más próximos en grado. Tampoco había obligación de dejar alimentos a los ascendientes, sino a falta o por imposibilidad de más próximos descendientes. Del mismo modo, no había la obligación de dejar alimentos, cuando los descendientes, ascendientes o cónyuge supérstite tuviesen bienes propios, y si los tenían, su producto no igualaba a la pensión que debía corresponderles, en este caso, la obligación se reducía a lo que faltaba para completarla.

También se estableció que era inoficioso el testamento en el que no se dejara la pensión alimenticia, conforme a la ley.

En este Código desapareció el sistema de la legítima, y en consecuencia los herederos forzosos, y se señala únicamente la obligación de dejar alimentos a quien correspondía, pero no había obligación de instituirlos herederos.

Ambos Códigos en materia de sucesiones siguieron la testamentaria, la cual ya se mencionó como la regularon, y la sucesión legítima, la cual pasaremos a comentarla.

En cuanto a la sucesión legítima, ambos Códigos señalan en los artículos 3840 y 3571, que la herencia legítima se abría: Cuando no había testamento otorgado, o el que se había otorgado, era nulo o que posteriormente había perdido su fuerza, aunque había sido válido; cuando el testador no había dispuesto de todos sus bienes; cuando faltaba la condición impuesta al heredero, o que éste muriese antes que el testador; o por haber repudiado la herencia sin que hubiera sustituto ni que tuviera lugar el derecho de acrecer (Era el que la ley

concedía a un heredero para agregar a su porción hereditaria la que debía corresponderle a otro heredero); o cuando el heredero instituido era incapaz de heredar.

En los artículos 3844 y 3575 respectivamente, señalan que la herencia legítima se concedía: A los descendientes, ascendientes y al cónyuge supérstite; faltando descendientes y ascendientes, a los hermanos y sobrinos representantes de hermanos difuntos y al cónyuge supérstite; faltando hermanos y sobrinos representantes de hermanos difuntos, al cónyuge supérstite; faltando descendientes, ascendientes, hermanos y sobrinos, y cónyuge, a los demás colaterales dentro del octavo grado; y faltando colaterales, se concedía la herencia total al fisco.

Se señaló, que faltando descendientes, sucederían el padre y la madre por partes iguales, y si sólo sobreviviese uno, éste sucedería al hijo en toda la herencia.

Cuando concurría el cónyuge con ascendientes, la herencia se dividía en dos partes iguales, de las cuales una se aplicaría al cónyuge y la otra a los ascendientes.

Cuando el cónyuge concurría con descendientes, tenía el derecho de un hijo legítimo; siempre que careciera de bienes, o teniéndolos no igualaban la porción que a cada hijo legítimo le correspondía de la herencia.

b) LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES.

Esta ley fue expedida por Venustiano Carranza, Primer Jefe

Constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo de la Nación, el 9 de abril de 1917, y publicada en el Diario Oficial del día 14 del mismo mes al 11 de mayo del mismo año, fecha en que entró en vigor.

En relación a la materia de sucesiones, en la exposición de motivos de esta ley se consideró que tratándose de ausencia y de presunción de muerte, las disposiciones del Código civil satisfacían en lo general el objeto para el cual fueron dictadas, pero expedidas en una época en la que las comunicaciones eran muy difíciles, estableciendo plazos muy largos para tales declaraciones de ausencia y de presunción de muerte. Plazos que eran perjudiciales para los presuntos herederos y para la sociedad en general, que tenían interés en la debida explotación de la riqueza; ya que durante largos plazos los bienes del ausente se demeritaban y no se explotaban debidamente.

La ley señaló en canto a los medios provisionales en caso de ausencia, que el representante del ausente sería el cónyuge supérstite, o los descendientes, o los ascendientes, y que a falta de éstos, lo sería el heredero presuntivo, y si hubiesen varios con igual derecho, ellos mismos elegirían al que debía representarles, y si no se ponían de acuerdo en la elección, la haría el juez prefiriendo al que tuviese mayor interés en la conservación de los bienes del ausente.

Podían pedir la declaración de ausencia, los presuntos herederos legítimos del ausente, así como los herederos instituidos en testamento abierto, entre otros.

Los efectos de la declaración de ausencia, se señalaron en el capítulo XXXIX de la ley. Estableciendo, que cuando se declaraba la ausencia y había un testamento cerrado, se debía presentar al juez, el cual de oficio o a instancia de cualquier

interesado en el testamento, lo abriría en presencia del representante del ausente, con citación de los que habían promovido la declaración de ausencia, y se debían cumplir las formalidades prescritas para la apertura de los testamentos cerrados.

Los herederos testamentarios o legítimos, al tiempo de la desaparición del ausente, o al tiempo en que se hubiesen recibido las últimas noticias, serían puestos en posesión provisional de los bienes, dando fianza que asegurara las resultas de la administración si fueren mayores, y si hubiesen estado bajo la patria potestad o tutela, se procedía conforme a derecho.

Si los bienes admitían división, cada uno de los herederos administraría la parte que le correspondía, si no fuese posible la división, se elegiría de entre ellos a uno para que fungiera como administrador general.

Los legatarios, los donatarios y todos los que tuvieren sobre los bienes del ausente derechos que hubiesen dependido de la muerte o presencia de éste, podrían ejercitarlos, si daban la garantía que correspondía.

No estaban obligados a dar garantía, el cónyuge como heredero, en la posesión de los bienes del ausente, por la parte que le correspondía, así como el ascendiente que entraba en posesión como heredero o que administraba los bienes de los descendientes menores en ejercicio de la patria potestad, por la parte que a éstos o a él correspondía.

Cuando se obtenía la declaración de ausencia, y al no presentarse los herederos del ausente, el Ministerio Público tenía la facultad de pedir la continuación del representante o elegía a otro, que en nombre de la hacienda pública, entraría en la posesión provisional.

Muerto el que había obtenido la posesión provisional le sucederían sus herederos en su parte correspondiente, bajo las mismas condiciones e iguales garantías.

Esta Ley Sobre Relaciones Familiares se considera como vicio de origen, y en este sentido el Maestro Manuel F. Chavez Asencio en su obra "La Familia y el Derecho" cita a Ramón Sánchez Medal quien señaló que el vicio de origen se desprende "Por haber sido expedida y promulgada, cuando ya existía un Congreso a quien correspondía darle vida ..." (15).

El Tratadista antes citado nos comenta que en la exposición de motivos de la ley se menciona que el cristianismo no influyó de manera directa en la organización de la familia, pero que los Jurisconsultos están de acuerdo en que el cristianismo sí influyó beneficiosamente en el matrimonio y en la familia.

c) CODIGO CIVIL DE 1928.

Este Código fue expedido por Plutarco Elías Calles, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, por decretos de 7 de enero y de 6 de diciembre de 1926 y de 3 de

(15) "Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares", Primera Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1984, p. 61.

enero de 1928 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 26 de marzo de 1928 y entró en vigor el 1º de octubre de 1932. Este Código es el que nos rige actualmente.

Este Código en sus artículos transitorios señala que queda derogada la legislación civil anterior como el Código civil de 1884 y la Ley de Relaciones Familiares entre otras.

En materia de sucesiones se siguió adoptando la doble forma establecida en el Código civil anterior: La testamentaria y la legítima, y en ambas se establecieron restricciones que la Comisión creyó convenientes para los intereses sociales y las tendencias de nuestra época.

Por lo que toca a la sucesión testamentaria se ordenó que cuando el testador disponía de sus bienes en favor de personas que no fueran sus herederos legítimos tenía obligación de dejar a la Beneficencia Pública el veinte por ciento de sus bienes.

Como novedad en el proyecto del Código se adoptó el testamento ológrafo, esto es, el testamento escrito todo él de puño y letra del testador, y para su validez no es necesaria la intervención de notario ni de ningún otro funcionario, y sin que el testador esté obligado a observar la enorme cantidad de ritualidades con que la ley rodea a los testamentos bastando que exprese de una manera clara y terminante su voluntad respecto al destino que quiera dar a sus bienes para después de su muerte.

Para evitar los dos grandes inconvenientes que presenta el testamento ológrafo y que son: La facilidad con que puede falsificarse y lo frecuente que es su destrucción, se dispuso que se hiciera por duplicado y que uno de los originales se depositara en el Registro Público con la nota puesta por el

testador y autorizada por el encargado de la oficina, de que el respectivo pliego cerrado contiene el testamento.

En relación a la sucesión legítima, el derecho de heredar se limitó hasta el cuarto grado en línea colateral, porque más allá de ese grado los vínculos familiares son muy débiles, y es una ficción verdaderamente infundada suponer que el autor de la herencia, quiso dejar sus bienes a parientes remotos que tal vez ni conoció.

También se equipara legalmente a todos los hijos, y se borran las diferencias que en materia de sucesión legítima estableció el Código civil anterior, entre los hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio.

Se hicieron modificaciones de mucha importancia en materia de representación, de incapacidad para testar y para heredar, de legados y de partición y adjudicación de los bienes.

En este Código se establecen derechos a favor de la concubina.

Se señala una definición más completa de lo que es el testamento, etc.

Las disposiciones que en materia de sucesión testamentaria se establecieron en este Código, que es el que está en vigor para el Distrito Federal, se comentarán en el capítulo siguiente.

C A P I T U L O I I I

LA SUCESION TESTAMENTARIA EN EL CODIGO CIVIL DE 1928.

1.- CONCEPTO DE SUCESION TESTAMENTARIA.

El derecho sucesorio como parte del derecho o legislación civil está contenido en el Código civil, que regula la transmisión de los bienes por causa de muerte en la forma testada y en la legítima.

El derecho sucesorio tiene su fundamento en que a la muerte de una persona no se rompan las relaciones que ésta contrajo con otras, ya que la interrupción de tales relaciones repercutiría perjudicialmente en la economía general.

El Maestro Rafael de Pina en su obra "Elementos de Derecho Civil Mexicano" nos comenta que existen dos conceptos de sucesión, uno amplio y otro restringido. En sentido amplio "... Por sucesión se entiende cualquier cambio meramente subjetivo de una relación de derecho ..." (16). Y se puede llamar sucesión general o intervivos; por ejemplo: La

(16) Volumen Segundo, Novena Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1983, p. 254.

compraventa, la donación, la permuta, etc. Y en sentido restringido se define como "... La subrogación de una persona en los bienes y derechos transmisibles dejados a su muerte por otra." (17). Llamada sucesión mortis causa que puede ser testada o legítima.

Rafael de Pina cita a Clemente de Diego que señaló la diferencia que existe entre la sucesión mortis causa y la sucesión intervivos, tomando en cuenta que la primera puede ser universal y singular mientras que la segunda únicamente puede ser singular, y nos dice "... Pues significando la universal como un desprendimiento o desviación de la entera personalidad patrimonial o del conjunto de derechos que ostenta una persona, esto no puede ser causado sino por la muerte; mientras que la persona que vive no puede renunciar, no se le puede impedir el cumplimiento de su fin, para ello ha menester de medios, y justamente los más precisos son los jurídicos." (18).

Asimismo el Maestro Rafael de Pina cita a Valverde que manifestó que "El derecho de sucesiones, abarca el conjunto de relaciones jurídicas que regulan la sucesión, no en todas sus formas, sino tan sólo en el concepto técnico de sucesión mortis causa." (19).

El sentido objetivo del derecho sucesorio no excluye su consideración subjetiva, de acuerdo con la cual, por derecho sucesorio se entiende también, al derecho que le corresponde al heredero en la universalidad de los bienes del causante.

(17) Idem.

(18) Idem.

(19) Ibidem, p. 255.

El propio Rafael de Pina nos proporciona el siguiente concepto de sucesión testamentaria: "La sucesión testamentaria es una especie de sucesión mortis causa, que se produce mediante la expresión de la última voluntad de un causante, manifestada en cualquiera de las formas previamente establecidas por el legislador." (20).

De lo anterior deducimos que la sucesión testamentaria es la que se basa en la existencia de un testamento válido, hecho en cualquiera de las formas legalmente autorizadas.

La sucesión por testamento es en orden de aparición muy posterior a la legítima, en este sentido el Maestro Rafael de Pina cita a Castan que explica esta circunstancia señalando que la sucesión testamentaria "... Presume un desenvolvimiento de los conceptos jurídicos y un reconocimiento de la propiedad individual que no se encuentra en los pueblos primitivos." (21).

2.- DEFINICION DE TESTAMENTO.

La institución del testamento es considerada por la generalidad de los Tratadistas como una de las más lentamente elaboradas en la historia de las instituciones jurídicas, que tuvo su completo desarrollo e importancia en el Derecho Romano.

(20) Ibidem, p.p. 285 y 286.

(21) Ibidem, p. 286.

El mismo Autor mexicano Rafael de Pina cita a Mucius Scevola quien nos dice que el testamento es "... Un acto espontáneo, solemne y revocable, por virtud del cual una persona, según su arbitrio y los preceptos de la ley, dispone para después de su muerte, tanto de su fortuna como de todo aquello que, en la esfera social en que vive, puede y debe ordenar en pro de sus creencias y de las personas que estén unidas a ella por cualquier lazo de interés." (22).

Asimismo cita a De Buen que define al testamento diciendo que "... Es un acto unilateral y solemne por el que una persona manifiesta su voluntad para que se cumpla después de su muerte." (23).

El Tratadista Rafael Rojina Villegas en su obra "Derecho Civil Mexicano" nos señala por su parte que el testamento "... Es un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz transmite sus bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte a sus herederos o legatarios, o declara y cumple deberes para después de la muerte." (24).

Y nos menciona que los elementos de la definición son: Un acto jurídico unilateral; un acto personalísimo, revocable y libre; y que debe ser ejecutado por persona capaz; y tiene por objeto la transmisión de bienes, derechos y obligaciones que no se extingan por la muerte o la declaración y cumplimiento de deberes.

(22) Idem.

(23) Ibidem, p. 287.

(24) Tomo Cuarto "Sucesiones", Sexta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1985, p. 289.

El Código civil para el Distrito Federal en su artículo 1295 define al testamento diciendo que es "Un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos o cumple deberes para después de su muerte." Esta definición es más completa y exacta que la de los Códigos civiles anteriores.

Se señala también que no pueden testar en el mismo acto dos personas, ya en provecho recíproco, ya en favor de un tercero; con esta disposición queda establecido claramente que en nuestro Código civil no están permitidos los testamentos mancomunados.

La palabra testamento puede entenderse en dos sentidos: Como acto de última voluntad y como documento en que esta voluntad se encuentra.

El testamento es un acto jurídico que tiene una trascendencia importantísima por lo que ha llamado la atención de los juristas de todos los tiempos, y se manifiesta en la literatura tan abundante y valiosa que existe actualmente.

El Maestro Rafael de Pina en su obra anteriormente mencionada cita a Clemente de Diego quien comenta que la naturaleza jurídica del testamento es la de "... Un acto jurídico unilateral ..." (25). En lo que se está de acuerdo.

El propio Rafael de Pina nos comenta que el testamento ha sido calificado por algunos Tratadistas como un acto o negocio imperfecto. En oposición a esta tesis cita a Traviesas que escribió "... Que el testamento otorgado en las condiciones que la ley expresa no es proyecto, sino negocio jurídico completo.

(25) Ob. Cit., p. 288.

Lo querido por el testador al amparo de la ley, consiguientemente, tiene plena validez como acto de última voluntad, sin necesidad de que factor ninguno venga como a yuxtaponerse a la declaración de voluntad testamentaria después de otorgada ésta. El testamento es, en este sentido, un acto acabado, sin que la muerte cambie en nada el querer contenido en la declaración testamentaria, que tiene existencia y vigor jurídicos antes de la muerte del testador." (26). Este concepto del autor aquí citado, lo considera la suscrita como el más completo, pues reúne todos los elementos y fines de la institución testamentaria, por lo que me adhiero a él.

3.- SUPUESTOS JURIDICOS.

El Tratadista Rafael Rojina Villegas en su obra citada nos comenta que los supuestos jurídicos comunes a las testamentarias e intestados son: La muerte del autor de la herencia, este es el supuesto principal y básico del derecho hereditario y a él se refieren múltiples consecuencias que además se retrotraen a la citada fecha aun cuando se realicen con posterioridad, por eso la citada muerte determina la apertura de la herencia y opera la transmisión de

(26) Idem.

la propiedad y posesión de los bienes a los herederos y legatarios; la muerte sólo se entiende la natural y comprobada. También la sucesión se abre cuando se declara la presunción de muerte del ausente.

Otro supuesto es la vocación y delación hereditaria, al respecto el Tratadista citado nos comenta que, "La vocación legítima o testamentaria es el llamamiento virtual que por ministerio de ley se hace a todos los que se crean con derecho a una herencia, en el instante preciso en que muera el autor de la misma o al declararse la presunción de muerte del ausente ..." (27). Y la delación es el llamamiento real, por el cual se requiere que en toda denuncia de intestado, el denunciante indique los nombres y domicilios de los presuntos herederos para que sean notificados y puedan concurrir al juicio.

Otro supuesto es la declaración de herederos y la adquisición. La declaración de herederos y legatarios o reconocimiento judicial de los mismos, tiene no sólo interés procesal para determinar con exactitud quiénes son los herederos, sino también interés civil por lo que se refiere a los problemas que el juez habrá de resolver para llegar al reconocimiento de herederos y legatarios.

Otro supuesto es la aceptación o repudiación de la herencia. La aceptación de la herencia es un acto jurídico unilateral, por el cual el heredero manifiesta expresa o tácitamente su voluntad en el sentido de aceptar los derechos y obligaciones del de cujus que no se extinguen con la muerte,

(27) Ob. Cit., p. 217.

invocando o no el beneficio de inventarios, la repudiación debe ser siempre expresa. Tanto la aceptación como la repudiación deben ser libres, puras, ciertas, totales y con carácter retroactivo.

Otro supuesto es la capacidad para testar y heredar y de la caducidad de la herencia. En caso de que exista testamento, este acto jurídico debe reunir todos los requisitos tanto de existencia como de validez y que el heredero o legatario sean capaces para recibir la herencia, esto es, que aunque exista un testamento legalmente válido puede caducar la disposición testamentaria por incapacidad del heredero o legatario.

Otros supuestos son, los del inventario, administración, liquidación y partición de la herencia.

El mismo Rafael Rojina Villegas nos expone los supuestos especiales de las testamentarias.

El supuesto principal es la existencia del testamento; otro supuesto es que ese testamento sea legalmente válido, en consecuencia no debe haber ninguna de las causas de nulidad; por ejemplo: Es nulo el testamento que haga el testador bajo la influencia de amenazas contra su persona o sus bienes, o contra la persona o bienes de su cónyuge o de sus parientes; o porque el testamento sea captado por dolo o fraude; del mismo modo, es nulo el 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; igualmente el testamento es nulo cuando se otorga en contravención a las formas prescritas por la ley, etc. Otro supuesto son las modalidades de los testamentos. Las modalidades de las disposiciones testamentarias que son posibles establecer de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico son: La condición, la causa y el modo. Las

disposiciones testamentarias pueden someterse a condición; la institución de heredero o de legatario se llama condicional cuando sus efectos se encuentran subordinados a la realización o no de un acontecimiento futuro e incierto.

Las condiciones pueden ser: Suspensivas, resolutorias, potestativas, causales y mixtas. Las suspensivas son aquellas de las que depende la adquisición del derecho a la herencia o el legado; las resolutorias, por el contrario, son aquellas que producen su extinción. La carga de hacer alguna cosa se considera como condición resolutoria, de acuerdo con el artículo 1361 del Código civil. Las potestativas son aquellas que dependen de la voluntad del heredero o legatario; las causales son las que dependen del acaso, es decir, de un suceso imprevisto, de la casualidad, o por si llegara a ocurrir alguna cosa; y las mixtas son las que dependen, a la vez, de la voluntad del heredero o del legatario, del azar y de la voluntad de un tercero.

Según el criterio legal, son nulas: Las condiciones físicas o legalmente imposibles de dar o de hacer impuestas al heredero o legatario, o las que imponen al heredero o legatario que hagan en su testamento alguna disposición en favor del testador o de otra persona. Y se tienen por no puestas: la condición de no dar o no hacer, o la de no impugnar el testamento o alguna de las disposiciones que contenga, o la impuesta al heredero o legatario de tomar o de no tomar estado (celebrar matrimonio o no celebrarlo).

En relación a la causa, se denomina institución sub causa aquella que contiene el motivo determinante de la misma, la causa tiene un sentido subjetivo, y no objetivo, y sólo entendida de este modo adquiere su propia significación.

En relación al modo, la institución sub modo es aquella en

la que se impone una obligación o carga.

Otros supuestos, son la libre testamentifacción; las formas de los testamentos; la capacidad hereditaria y la sustitución de herederos.

4.- CAPACIDAD E INCAPACIDAD PARA TESTAR.

La capacidad para testar se encuentra reconocida en el Código civil en su artículo 1305 que dice, "Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho."

El Tratadista Rafael de Pina en su obra citada nos dice que, "Puede ser definida la capacidad para testar como la posibilidad legal de hacer testamento reconocida legalmente." (28).

El Tratadista también cita a Binder, quien escribe que la capacidad para testar, "... No significa ni la libertad para hacer entrar en el contenido del testamento toda disposición inimaginable - que tendría su correspondencia en la libertad contractual - ni el derecho de declarar la última voluntad en cualquier forma arbitraria." (29).

La libertad para testar, como cualquier otra manifestación

(28) Ob. Cit. p. 297.

(29) Idem.

de la libertad, es una libertad dirigida.

Para juzgar de la capacidad del testador se atenderá especialmente y en todos los casos, al estado en que se halle al hacer el testamento.

La capacidad ha de tenerse en el momento mismo en que se otorga el acto de última voluntad, siendo indiferente para los efectos de su validez la que se tenga o no se tenga antes o después.

El derecho de testar es irrenunciable. El Código civil en su artículo 1492 señala "Son nulas las renunciaciones 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 fueren."

El Código civil en su artículo 1488, establece también como protección al derecho de testar que, "El juez que tuviere noticia de que alguno impide a otro testar, se presentará sin demora en la casa del segundo para asegurar el ejercicio de su derecho, y levantará acta en que haga constar el hecho que ha motivado su presencia, la persona o personas que causen la violencia y los medios que al efecto hayan empleado o intentado emplear y si la persona cuya libertad ampara hace uso de su derecho."

La capacidad para testar es una presunción que dura mientras no se destruya por medio de una prueba que, para ser eficaz, debe ser plena.

Por otro lado el Código civil en su artículo 1306, establece que, "Están incapacitados para testar: I. Los menores que no han cumplido dieciséis años de edad, ya sean hombres o mujeres; II. Los que habitual o accidentalmente no disfrutaban de su cabal juicio."

Sin embargo, es válido el testamento hecho por un demente

en un intervalo de lucidez siempre que se de cumplimiento a lo establecido en la ley para estos casos. Se dispone que cuando un demente pretenda hacer testamento en intervalo de lucidez, el tutor, y en defecto de éste, la familia de aquél deberá presentar por escrito una solicitud al juez correspondiente. El juez nombrará dos médicos de preferencia especialistas en la materia para que examinen al enfermo y dictaminen acerca de su estado mental. El juez tiene la obligación de asistir al examen del enfermo y podrá hacerle cuantas preguntas estime convenientes para cerciorarse de su capacidad para testar.

Se hará constar en acta formal el resultado del reconocimiento, y si éste fuere favorable, entonces se procederá a la formación del testamento ante notario público con todas las solemnidades que se requieren para los testamentos públicos abiertos.

Posteriormente proceden a firmar el acta el notario, los testigos, el juez y los médicos que intervinieron para el reconocimiento, y se deberá poner al pie del testamento razón expresa de que durante todo el acto conservó el paciente perfecta lucidez de juicio, y sin este requisito y su constancia será nulo el testamento.

Continuando con el Maestro Rafael de Pina que por otro lado nos comenta que la posibilidad de testar que admite el Código civil en el caso de enfermos mentales supone el reconocimiento de que éstos pueden tener momentos lúcidos, situación que no puede negarse en absoluto, pero que es extraordinariamente difícil de comprobar en la generalidad de los casos hasta para los mismos especialistas, motivo por el cual algunos civilistas se inclinan a recomendar que se niegue el derecho a hacer testamento en tales circunstancias.

En relación a los problemas que presenta la facultad de

testar del demente cuando se encuentra en un intervalo de lucidez, es especialmente interesante el que se refiere a la clase de testamento en que puede expresar su última voluntad.

Rafael de Pina cita a los Autores españoles López R. Gómez y Manresa quienes sostienen que el demente en las circunstancias aludidas solamente puede hacer testamento abierto, pero esta opinión ha sido refutada por otros autores, dentro de ellos cita a Castan, a Sánchez Román y a Valverde que opinan que el demente puede manifestar su última voluntad también en testamento cerrado; y que Castan dice "... Pues el requisito de la concurrencia de los facultativos puede cumplirse dentro de esa forma de testar." (30).

El propio Rafael de Pina comenta que la opinión de López R. Gómez y Manresa parece más prudente que la de sus opositores y que es la generalmente admitida en atención a los peligros que evidentemente representa el testamento del demente otorgado en intervalo de lucidez. Opinión en la que se está de acuerdo.

Las incapacidades para testar se clasifican en absolutas y relativas. Las absolutas inhabilitan para el otorgamiento de cualquier clase de testamento y las relativas sólo para el otorgamiento de testamento en forma determinada.

El Autor anteriormente citado en relación a lo anterior expone los siguientes ejemplos de incapacidad relativa: El que no puede expresar cumplida y claramente su voluntad no puede otorgar testamento público abierto; los que no saben o no pueden leer son inhabiles para hacer testamento público cerrado; el menor de edad no puede otorgar testamento ológrafo;

(30) Ibidem, p. 299.

o el demente en un intervalo de lucidez que cumpla con los requisitos especiales que marca la ley, sólo puede otorgar testamento público abierto.

5.- CAPACIDAD E INCAPACIDAD PARA HEREDAR.

En relación a la capacidad e incapacidad para heredar el Código civil en su artículo 1313 nos dice que "Todos los habitantes del Distrito Federal, de cualquier 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.- Delito; III.- Presunción de influencia contraria a la libertad del testador o a la verdad o integridad del testamento; IV.- Falta de reciprocidad internacional; V.- Utilidad Pública; VI.- Renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento."

En referencia a la fracción I son incapaces de adquirir por testamento o por intestado los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, esto es, que no vivan veinticuatro horas o no hayan sido presentados vivos al Registro Civil. Sin embargo, será válida la disposición hecha en favor de los hijos que nacieren de ciertas y determinadas personas durante la vida del testador.

Por lo que toca a la fracción II son incapaces de adquirir por testamento o por intestado el que haya sido

condenado por haber mandado o intentado dar muerte a la persona de cuya sucesión se trata, así como a los padres, hijos, cónyuge o hermanos de ella; o por haber hecho acusación de delito que merezca pena capital o de prisión, aun cuando sea fundada; el cónyuge que mediante juicio haya sido declarado adúltero, no puede suceder al cónyuge inocente; el coautor del cónyuge adúltero; el que haya sido condenado por delito que merezca pena de prisión, cometido en contra del autor de la herencia, o de las personas que se señalaron en la fracción I; el padre y la madre respecto del hijo expuesto por ellos; los padres que abandonen, prostituyan o atenten contra al pudor de sus hijos, no suceden respecto a los ofendidos; por no cumplir los demás parientes que, teniendo la obligación de dar alimentos, no lo hubieren cumplido; los parientes del autor de la herencia que, hallándose éste imposibilitado para trabajar y sin recursos, no se cuidaren de recogerlo o hacerlo recoger en establecimiento de beneficencia; el que usare de violencia, dolo o fraude con una persona para que haga, deje de hacer o revoque su testamento, etc.

En caso de ser perdonado el ofensor recobrará éste el derecho de suceder al ofendido, o cuando después del agravio el ofendido instituye al ofensor heredero, o revalida su institución anterior con las mismas solemnidades que se exigen para testar.

En lo que corresponde a la fracción III, son incapaces de adquirir por testamento del menor, los tutores y curadores; son igualmente incapaces para heredar, el médico así como el cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos del facultativo, que haya asistido al testador durante su última enfermedad y que entonces haya otorgado su testamento. Por presunción de influjo contrario a la verdad e integridad del

testamento son incapaces de heredar el notario y los testigos que intervinieron en él así como sus cónyuges, descendientes, ascendientes o hermanos.

Los extranjeros y las personas morales son capaces de adquirir bienes por testamento o por intestado, pero su capacidad tiene las limitaciones establecidas en nuestra Constitución y por las respectivas leyes reglamentarias.

En relación a la fracción IV son incapaces de heredar por testamento o por intestado por falta de reciprocidad internacional, los extranjeros a los nacionales, que según las leyes de su país no puedan otorgar testamento o dejar por intestado sus bienes a favor de mexicanos.

En el caso de la fracción V que se refiere a la Utilidad Pública como una de las incapacidades para heredar el Código civil nos remite a la Ley de Beneficencia Pública y a la Constitución misma.

Y finalmente por renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento a que se refiere la fracción VI son incapaces de heredar por testamento los que nombrados en él tutores, curadores o albaceas hayan rehusado sin justa causa al cargo o por mala conducta hayan sido separados judicialmente de su ejercicio, así como las personas llamadas por la ley para desempeñar la tutela legítima y que se rehusen sin causa legal a desempeñarla no tienen derecho a heredar a los incapaces de quienes deben ser tutores.

Es importante mencionar que para que el heredero pueda suceder basta que sea capaz al tiempo de la muerte del autor de la herencia, y que si la Institución es condicional se necesita además que el heredero sea capaz al tiempo en que se cumpla la condición.

6. - ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y DE VALIDEZ EN EL TESTAMENTO COMO ACTO JURIDICO.

Como acto jurídico que es el testamento, requiere de sus elementos de existencia: Voluntad, objeto y solemnidad.

Los coautores Edgard Baqueiro Rojas y Rosalia Buenrostro Báez en su obra "Derecho de Familia y Sucesiones" nos comentan que, los elementos de existencia deben de carecer de anomalías para que sean capaces de producir todos los efectos queridos por el testador, de modo que deben cumplir con los requisitos de validez de toda manifestación de voluntad: Capacidad, voluntad no viciada, forma y licitud en el objeto, motivo o fin.

Por lo que hace a la voluntad, debe ser libre y cierta; ha de encontrarse libre de error, ya sea éste puramente fortuito o fruto de maquinaciones, así como de dolo o fraude; y tampoco debe manifestarse bajo el vicio de violencia, amenazas o coacción.

En lo que toca al objeto, motivo o fin del testamento, constituye una excepción al principio de que la causa o motivo debe ser lícito, pues en caso contrario el acto es nulo. En los testamentos las causas o motivos contrarios a derecho o a las buenas costumbres no producen la nulidad, sino que el motivo o causa sólo se tendrán por no puesta.

Los coatores nos proporcionan el siguiente ejemplo: El testador que deja un legado o herencia a una mujer casada, debido a los amores adúlteros que tuvo con ella.

En lo referente a la forma, al tratarse de un acto solemne deben cumplirse los requisitos señalados por la ley, en

cualquiera de las clases de testamentos expresamente autorizadas por ella.

Como en todo acto jurídico la voluntad expresada en él está sujeta a las normas de interpretación, en el caso del testamento el Código civil señala las reglas para conocer la voluntad real o al menos presunta del testador. Asimismo, existen disposiciones especiales que llegan a anular un testamento cuando la voluntad no es expresada claramente. La voluntad debe ser siempre expresa ya que no se permite que se efectúe mediante señales o monosílabos en respuesta a preguntas que se le vayan formulando al testador, en este sentido, se prefiere la interpretación objetiva (literal) a la subjetiva que sólo opera supletoriamente cuando por las circunstancias y otras pruebas no se pueda deducir la voluntad real del testador. Cuando el testador no precisa ciertas situaciones la ley suple o completa presuntamente su intención.

Resumiendo los elementos de existencia y de validez en los testamentos que son los mismos de todo acto jurídico: Voluntad libre de vicios, objeto posible y lícito, y una forma solemne.

7.- CARACTERISTICAS DEL TESTAMENTO.

De la definición legal del testamento se deduce que este acto jurídico tiene como características el de ser: Un acto jurídico unilateral, personalísimo, un acto de última voluntad, un acto revocable, un acto libre, un acto solemne, por su

naturaleza es un acto de disposición de bienes y es un acto no receptivo.

El Tratadista José Arce y Cervantes en su obra citada nos expone estas características.

El testamento es un acto jurídico unilateral desde que se otorga, porque desde ese momento tiene en sí todos los elementos constitutivos necesarios para su existencia. La muerte de su autor no lo perfecciona sino que solamente determina el comienzo de la producción de sus efectos. Tampoco lo perfecciona la aceptación de la herencia y así lo reconoce expresamente el Código civil en su artículo 1378 que dice, "El testamento otorgado legalmente será válido, aunque no contenga institución de heredero y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar."

Por su naturaleza el testamento es definitivo aunque el testador tenga el derecho de revocarlo. El que lo otorga lo hace con la intención de que esa voluntad suya expresada se cumpla si él no la revoca o modifica. La muerte del autor actúa sólo como un presupuesto de producción de efectos.

En este sentido el mismo José Arce y Cervantes en su obra referida cita a Betti quien dice que "... Una vez que ha quedado debidamente formada la declaración testamentaria, ésta se convierte en algo objetivo que, en el mundo social, tiene un valor autónomo, objetivamente reconocible, que no depende ya del pensamiento de su autor y hace su camino por cuenta propia." (31).

Para comprender la esencia del testamento hay que atender

(31) Ob. Cit., p.p. 50 y 51.

en primer lugar que una vez formado adquiere relevancia y carácter definitivo para su autor y si quisiere impedir sus efectos tendría que revocarlo; y en segundo lugar, cuando ha fallecido su autor el testamento no puede ser revocado y empezará a surtir sus efectos.

El testamento es un acto personalísimo, esta expresión tiene varios sentidos: El primero es que el acto debe ser otorgado personalmente por el testador sin que pueda admitirse ninguna clase de representación o suplencia de voluntad (como sería el caso del testamento por comisario o apoderado), ya que los actos que exigen intervención personal no pueden otorgarse por representante; el segundo indica que el testamento debe contener la voluntad de una sola persona, esto es, un acto unipersonal. Este carácter de unipersonalidad en testamento tiene como fin garantizar la espontaneidad de la voluntad que en éste se manifiesta por eso no se admite la concurrencia con otras voluntades que pudieran influirla así como en el caso de revocarla.

El testamento puede contener otros actos de última voluntad que no sean naturalmente testamentarios, a lo que se llama contenido atípico del testamento y al formar parte de éste se considera formalmente testamentario, pero deben ser siempre actos unilaterales de posible realización para después de la muerte.

En relación al carácter personalísimo el Código civil en su artículo 1296 nos dice que "No pueden testar en un mismo acto dos o más personas, ya en provecho recíproco, ya en favor de un tercero." Y el artículo 1297 nos señala que "Ni la subsistencia del nombramiento del heredero o de los legatarios, ni la designación de las cantidades que

a ellos correspondan, pueden dejarse al arbitrio de un tercero."

Sin embargo, el artículo 1298 establece que "Cuando el testador deje como herederos o legatarios a determinadas clases formadas por número ilimitado de individuos, tales como los pobres, los huérfanos, los ciegos, etc., puede encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje para ese objeto y la elección de las personas a quienes deban aplicarse ..."

Y el artículo 1299 señala que "El testador puede encomendar a un tercero que haga la elección de los actos de beneficencia o de los establecimientos públicos o privados a los cuales deban aplicarse los bienes que legue con ese objeto, así como la distribución de las cantidades que a cada uno correspondan."

El testamento es un acto de última voluntad o mortis causa, el cual producirá sus efectos en un tiempo cronológicamente posterior a su otorgamiento, puesto que dicha producción de efectos está sujeta a la "conditio juris" de la muerte. La muerte es el único punto de vista que tiene el testador y la que determina su voluntad. Es la muerte la que señala el principio de la producción de sus efectos y las disposiciones testamentarias no deben producir ninguno antes de ese hecho. Este carácter asimismo indica que la voluntad contenida en el testamento es la definitiva del testador mientras no la cambie. Se dice que es "última voluntad" porque subsiste hasta la muerte mientras no se revoque. Se presume que la voluntad expresada por el testador es lo que él hubiera querido en el último momento de su vida. La voluntad testamentaria no caduca ni prescribe por el transcurso del tiempo.

El testamento es además un acto esencialmente revocable, este carácter deriva del anterior. Puesto que expresa una última voluntad y la voluntad humana es cambiable, el testador es libre de modificar su voluntad cuantas veces sean necesarias, para que el testamento que haga exprese realmente su voluntad definitiva.

El Código civil establece el derecho a revocar el testamento, y se entiende que la revocabilidad del testamento es posible mientras viva la persona que lo ha otorgado. El propio Código considera nula la renuncia de testar o de hacerlo bajo ciertas condiciones, así como la nulidad a la renuncia de revocar el testamento.

Por su parte el Tratadista Rafael de Pina en su obra mencionada cita a Royo Martínez quien dice que, "Precisamente por ser un negocio mortis causa o de última voluntad del que únicamente se derivan efectos jurídicos o atribuciones de derechos a partir de la muerte del otorgante ... El testamento es, mientras el testador vive, una mera previsión o puro proyecto que ni a nadie asigna derechos actuales, ni vincula al otorgante a perseverar en su decisión, y de aquí la irrevocabilidad ilimitada del testamento, que sólo cristaliza como fuente de efectos jurídicos al morir el causante cual expresión de última voluntad o postrera y definitiva voluntad de éste." (32).

Y menciona del mismo modo que, "Rige como un dogma en esta materia el principio romano: *Voluntas hominis est ambulatoria usque ad mortem* (La voluntad del hombre es mutable

(32) Ob. Cit., p. 291.

hasta la muerte) ..." (33).

El testamento es un acto libre. Para ser eficaz plenamente la voluntad testamentaria debe ser libre y consciente. La violencia que fuerza la voluntad y el error que oscurece la inteligencia impiden que el acto viciado por ellos sea eficaz. La definición del testamento en el Código civil exige esta libertad, y sanciona con nulidad al testamento que se haga bajo violencia así como el captado por dolo o fraude, y también declara que no producen efectos las disposiciones que se fundan en causa expresa que resulte errónea, si fue la única que determinó la voluntad, asimismo, asegura el ejercicio del derecho de testar cuando alguien pretende impedirlo.

El testamento es un acto solemne. Este elemento no está señalado en la definición del Código civil. El Autor José Arce y Cervantes en su obra citada nos dice que se entiende por solemnidad aquella forma de los actos jurídicos que se exige no "Ad probationem" que simplemente son una forma de valer, sino que se requiere "Ad solemnitatem", para que el acto tenga existencia como tal; y cita a Rafael Núñez Lagos, que en relación con lo anterior él lo señala como "... Forma de ser ..." (34).

En estos casos la forma dá el ser (forma dat esse rei), esto es, que sin la solemnidad y la forma el acto jurídico no existe. El testamento en nuestro Código exige una solemnidad; y el matrimonio es otro caso que requiere esa forma solemne.

El Código utiliza esta expresión al hablar de la forma de

(33) idem.

(34) Ob. Cit., p. 54.

actos de última voluntad, y establece la nulidad del testamento cuando se otorga en contravención a las formas prescritas, y en especial del testamento público abierto o cerrado.

El artículo 2228 nos dice "La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, producen la nulidad relativa del mismo." Esto es, que se excluye la falta de solemnidad de la regla general de la nulidad relativa por falta de forma.

Al respecto el Maestro Rafael de Pina en su obra señalada cita a Clemente de Diego quien dice "... Que este acto jurídico es solemne o formal porque su validez está ligada indudablemente a la observancia de ciertas formas especiales que no pueden ser suplidas ni modificadas por el otorgante; antes bien, están impuestas por el legislador como condición sine qua non de la eficacia y validez del testamento ..." (35).

El mismo Rafael de Pina menciona la opinión del Autor español Navarro Amandi, "... Las solemnidades del testamento son tan necesarias que sin ellas no existe verdaderamente este acto jurídico. No basta, pues, para que el testamento exista, que se conozca la voluntad del testador, es preciso que esta voluntad se haya manifestado bajo cierta forma y llenado ciertos requisitos, es decir, en la forma y con los requisitos preestablecidos ..." (36).

La rigurosidad formalista que manifiestan los Códigos

(35) Ob. Cit., p.p. 292 y 293.

(36) Ibidem, p. 293.

civiles en relación con el testamento tiene un sólido fundamento en la naturaleza misma del acto de última voluntad, en su trascendencia jurídico-económica y en la necesidad de garantizar eficazmente la prueba de la existencia de las disposiciones testamentarias.

El testamento es por naturaleza un acto de disposición de bienes, pero se dice que no lo es por esencia en nuestro derecho. El Código civil admite que el testamento contenga disposiciones patrimoniales y otras que no lo sean, esto es, sin institución de heredero y por consiguiente de legados, y se puede disponer por legado cosa ajena y puede contener disposiciones de bienes que en el momento de testar no sean propios del testador, pero que los adquirirá después.

Es un negocio no receptivo. La declaración o acto receptivo es la que se admite o el que se dirige a una persona a quien va a afectar, es decir, está destinado a ser recibido por otro y para su eficacia requiere que se haga llegar o se envíe a ese otro; por ejemplo: El ofrecimiento para contratar, mientras no llega o no se envía al beneficiario, esta declaración es revocable, pero, una vez que ha llegado o que se ha enviado se vuelve irrevocable. Sin embargo, el testamento no es de esa clase y por eso se dice que no es receptivo, pues no se dirige a los sucesores del testador ni a ninguna persona y no está destinado a ser conocido antes de la muerte del testador ya que por su naturaleza es secreto. Este carácter de no receptivo se origina en dos circunstancias: 1ª Que la voluntad expresada del testador no debe surtir efectos antes de su muerte; y la 2ª Es que hay posibilidad de ser revocada, y en este caso, se vuelve una nada jurídica. En este sentido, como el testamento no obliga al testador con ninguna persona éste continúa con sus bienes, derechos y obligaciones.

8.- LIBERTAD DE TESTAR Y OBLIGACION DE ALIMENTAR.

En lo referente a la disposición de los bienes para después de la muerte nos comenta el Maestro Rafael de Pina que se conocen dos sistemas: El de la libertad de testar y el de la restricción de esa facultad, que puede ser más o menos rigorista.

También nos dice el propio Rafael de Pina que la libertad de testar significa: "... La posibilidad de parte del testador de transferir su patrimonio a aquella o aquellas personas a quienes, según su criterio, le parezca más conveniente, sin traba alguna, salvo la obligación de dejar alimentos a otras, que tienen una indicación expresa." (37).

La libertad de testar supone la confianza que el legislador tiene en el testador, deducida de las máximas de la humana experiencia, de que nadie se encuentra en mejores condiciones para una justa distribución de sus bienes que el propio testador, y que ni el reconocimiento de que puedan presentarse casos de excepción en el buen uso de esta facultad autoriza para desconocerla.

La libertad de testar de acuerdo con el pensamiento de sus partidarios, robustece la autoridad paterna y el principio de familia, y hace más equitativa la distribución de la herencia, permitiendo al padre premiar méritos o aptitudes, al mismo tiempo que suplir o compensar defectos naturales e

(37) Ibidem, p. 294.

involuntarios, que justifiquen una protección especial y facilita el dar satisfacción a toda clase de derechos morales.

El Código civil para el Distrito Federal se inspira en el principio de la libertad de testar, desconociendo el sistema de legítimas que supone el reconocimiento a determinados herederos, llamados forzosos, del derecho a una porción de la herencia de la que el testador no puede disponer libremente.

El sistema de la libertad de testar fue implantado en México por el Código civil de 1884, contrariando el sistema anterior establecido por el de 1870, que consagra el de las legítimas, que supone una limitación a la facultad de disponer de los bienes para después de su fallecimiento.

Actualmente, se establece que la única limitación impuesta al testador, en relación con la libre disposición de sus bienes, es la de dejar alimentos a determinadas personas.

El Código civil en su artículo 1368 señala que, "El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes: I. A los descendientes menores de dieciocho años respecto de los cuales tenga obligación legal de proporcionar alimentos al momento de la muerte; II. A los descendientes que estén imposibilitados de trabajar, cualquiera que sea su edad, cuando exista la obligación a que se refiere la fracción anterior; III. Al cónyuge supérstite cuando esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Salvo otra disposición expresa del testador, este derecho subsistirá en tanto no contraiga matrimonio y viva honestamente; IV. A los ascendientes; V. A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y

no tenga bienes suficientes. Este derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos; VI. A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras que no cumplan dieciocho años, si no tienen bienes para subvenir a sus necesidades."

No hay necesidad de dar alimentos sino a falta o por imposibilidad de los parientes más próximos en grado. Tampoco existe esta obligación en relación a las personas que tengan bienes; pero aunque teniéndolos, su producto no iguala a la pensión que debería corresponderle, la obligación se reducirá a lo que falte para completarla.

Para tener derecho a ser alimentado se necesita encontrarse al tiempo de la muerte del testador en alguno de los casos expresamente señalados al efecto, y cesa ese derecho tan luego como el interesado deje de estar dentro de las condiciones señaladas, observe mala conducta o adquiera bienes.

El Código civil considera como irrenunciable el derecho a percibir alimentos, y este derecho no puede ser tampoco objeto de transacción.

Cuando el testador haya fijado la pensión alimenticia subsistirá su designación cualquiera que sea, siempre que no baje del mínimo señalado en el Código civil, esto es, la mitad de los productos de la porción que en caso de sucesión legítima corresponden al que tenga derecho a dicha pensión.

Quando el caudal hereditario no fuere suficiente para dar alimotos a todas las personas que tienen derecho a ellos, se observarán las reglas siguientes: A) Se ministrarán a los descendientes y al cónyuge supérstite a prorrata. B) Cubiertas las mencionadas pensiones se ministrarán a prorrata a los ascendientes. C) Después se ministrarán, también a prorrata, a los hermanos y a la concubina. D) Por último se ministrarán igualmente a prorrata a los demás parientes colaterales dentro del cuarto grado.

La pensión alimenticia constituye una carga de la masa hereditaria, excepto cuando el testador haya gravado con ella a alguno o algunos de los partícipes de la sucesión.

La obligación de dejar alimentos en los casos que están señalados constituye realmente un deber moral al mismo tiempo que una obligación jurídica, cuya omisión da como resultado un testamento inoficioso.

9.- CONTENIDO DEL TESTAMENTO.

El Tratadista Rafael de Pina nos comenta que se ha debatido ampliamente acerca del contenido del testamento, habiéndose formulado al respecto opiniones tan variadas como contradictorias.

Asimismo nos menciona que se entiende que el testamento no es simplemente un acto de transmisión de bienes, ya que es evidente que puede tener y tiene, en la mayoría de los casos, un contenido mucho más complejo.

Como ejemplos de lo anterior se exponen los siguientes: El testador puede nombrar tutor testamentario, reconocer hijos, confesar deudas, aconsejar y orientar a sus familiares en determinadas situaciones, instruir en cuanto a la educación de sus hijos, disponer sobre su entierro, etc., expresiones de última voluntad, que si bien no tienen todas la misma importancia, no dejan de ser disposiciones de última voluntad.

No se puede decir por consiguiente que el testamento es un acto de naturaleza únicamente patrimonial, puesto que admite disposiciones de otro tipo.

El contenido del testamento puede ser: Típico o atípico. El contenido típico está constituido por las disposiciones de naturaleza patrimonial, pero esto no excluye el reconocimiento en el testamento de un contenido atípico constituido por las disposiciones que carecen de esta naturaleza.

Generalmente en el testamento coexisten ambos contenidos, aunque pueden existir solamente disposiciones típicas o atípicas.

Por tanto, concebir al testamento como un simple acto de transmisión de bienes supone reducir el objeto de esta trascendental institución.

10.- FORMAS DE LA INSTITUCION.

Estas formas son: La de heredero y la de legatario. La institución de heredero es la hecha por el testador de quien o quienes han de sucederle a título universal.

En el Derecho Romano esta institución constituía un requisito esencial del testamento Calatis Comitibus y Tripertitum, y exigía determinadas solemnidades, como por ejemplo: Encabezar el testamento, estar hecha con ciertas palabras o estar redactada en latín. Este riguroso formalismo fue abolido más tarde, y en el Derecho Romano Bizantino bastaba para la validez de la institución que fuera clara y que no estuviera viciada por error, violencia o dolo.

En la actualidad la institución de heredero no es un requisito esencial del testamento, pues éste puede no tenerla, sin que pierda su validez. Al respecto el Código civil determina que el testamento será válido aunque no contenga institución de heredero, y aunque el que es nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar.

El Código civil establece en relación a la institución de heredero ciertas reglas de interpretación, las cuales son comentadas por los Coautores Edgard Baqueiro Rojas y Rosalia Buenrostro Báez en su obra citada, y son las siguientes:

Cuando en el testamento se llame heredero a quien se asigna cosa particular, será considerado como legatario.

Aunque se le llame legatario a quien se asigna parte alícuota de la herencia, se le tiene por heredero.

Serán considerados herederos todos los legatarios cuando la totalidad de la herencia se distribuya en legados.

Los herederos instituidos sin asignación de parte, lo serán por partes iguales.

Cuando se instituyen herederos a los parientes en términos generales, se aplican las reglas de la sucesión legítima.

Si el testador designa algunos herederos individualmente y a otros de forma colectiva, se entenderá que todos heredan individualmente, salvo que se deduzca que fue otra la voluntad del testador.

La institución de herederos será nula e ineficaz cuando, a pesar de las reglas generales para facilitar su identificación, éste permanece incierto; porque varias personas respondan al mismo nombre, o cuando varias personas estén dentro de las características expresadas en el testamento, y no se individualice al heredero de manera precisa debido a otras circunstancias.

El legatario es la persona que se instituye en un testamento de forma particular. Y cuando no hay disposiciones especiales, éstos se regirán por las mismas normas de los herederos.

El legado puede consistir en la prestación de la cosa o en la de algún hecho o servicio. El testador puede gravar con legados no sólo a los herederos, sino a los mismos legatarios.

La cosa legada deberá ser entregada con todos sus accesorios y en el estado en que se halle al morir el testador.

El legatario no puede aceptar una parte del legado y repudiar otra.

El heredero que al mismo tiempo sea legatario, puede renunciar la herencia y aceptar el legado, o renunciar éste y aceptar aquélla.

Si toda la herencia se distribuye en legados, se prorratearán las deudas y gravámenes de ella entre todos los partícipes, en proporción de sus cuotas, a no ser que el testador hubiere dispuesto otra cosa.

Si los bienes de la herencia no alcanzan para cubrir todos los legados, el pago se hará en el siguiente orden: A) Legados remuneratorios; B) Legados que el testador o la ley haya declarado preferentemente; C) Legados de cosa cierta y determinada; D) Legados de alimentos y de educación; E) Los demás a prorrata.

La institución de herederos será nula e ineficaz cuando, a pesar de las reglas generales para facilitar su identificación, éste permanece incierto; porque varias personas respondan al mismo nombre, o cuando varias personas estén dentro de las características expresadas en el testamento, y no se individualice al heredero de manera precisa debido a otras circunstancias.

El legatario es la persona que se instituye en un testamento de forma particular. Y cuando no hay disposiciones especiales, éstos se regirán por las mismas normas de los herederos.

El legado puede consistir en la prestación de la cosa o en la de algún hecho o servicio. El testador puede gravar con legados no sólo a los herederos, sino a los mismos legatarios.

La cosa legada deberá ser entregada con todos sus accesorios y en el estado en que se halle al morir el testador.

El legatario no puede aceptar una parte del legado y repudiar otra.

El heredero que al mismo tiempo sea legatario, puede renunciar la herencia y aceptar el legado, o renunciar éste y aceptar aquélla.

Si toda la herencia se distribuye en legados, se prorratarán las deudas y gravámenes de ella entre todos los partícipes, en proporción de sus cuotas, a no ser que el testador hubiere dispuesto otra cosa.

Si los bienes de la herencia no alcanzan para cubrir todos los legados, el pago se hará en el siguiente orden: A) Legados remuneratorios; B) Legados que el testador o la ley haya declarado preferentemente; C) Legados de cosa cierta y determinada; D) Legados de alimentos y de educación; E) Los demás a prorrata.

11.- SUSTITUCIONES.

El Tratadista Rafael de Pina en su obra citada nos menciona, que la materia relativa a sustituciones ha sido desde siempre una de las más complejas del derecho civil, pero con el transcurso del tiempo se ha ido simplificando hasta adquirir una extraordinaria sencillez, y ha quedado reconocida expresamente sólo una; la vulgar y en la misma forma prohibida la fideicomisaria.

La sustitución puede ser llamada segunda o ulterior institución de heredero; y que ha sido definida como "... La disposición testamentaria en virtud de la cual una persona es llamada a suceder en defecto de otra o después de ella." (38).

Por lo tanto, la sustitución es una institución de heredero subordinada a otra.

En relación a los tipos de sustitución Rafael de Pina cita a De Buen quien expone que en el Derecho Moderno la sustitución puede reducirse a dos tipos: "... Uno caracterizado por la sustitución vulgar, en virtud del cual uno es llamado en defecto de otro, y otro, caracterizado por la sustitución fideicomisaria, en la cual uno es llamado a una herencia después de otro." (39).

Tradicionalmente se han conocido las siguientes clases de sustituciones: La vulgar, la pupilar, la ejemplar o cuasi-pupilar, y la fideicomisaria.

(38) Ibidem, p. 306.

(39) Idem.

El Código civil en su artículo 1472 dice que, "Puede el testador substituir una o más personas al heredero o herederos instituidos, para el caso de que mueran antes que él, o de que no puedan o no quieran aceptar la herencia."

De la sustitución vulgar se ha dicho que es una institución condicional, porque el sustituto es llamado sólo en caso de que se produzcan algunos de los supuestos antes señalados.

Los sustitutos pueden ser nombrados conjunta o sucesivamente. El sustituto del sustituto, faltando éste, lo es del heredero sustituto.

Los sustitutos recibirán la herencia con los mismos gravámenes y condiciones con que debían recibirlos los herederos, a no ser que el testador haya dispuesto expresamente otra cosa, o que los gravámenes o condiciones fueren meramente personales del heredero.

Si los herederos instituidos en partes desiguales fueren substituidos recíprocamente, en la sustitución tendrán las mismas partes que en la institución, a no ser que claramente aparezca haber sido otra la voluntad del testador.

El mismo Código prohíbe expresamente las sustituciones fideicomisarias y cualquier otra diversa a la autorizada, entendiéndose que tienen carácter fideicomisario las que contengan prohibición de enajenar o que llamen a un tercero a lo que quede de la herencia por la muerte del heredero, o el encargado de prestar a más de una persona sucesivamente cierta renta o pensión.

No se reputa fideicomisaria la disposición en que el testador deje la propiedad de todo o de parte de sus bienes a una persona y el usufructo a otra, a no ser que el propietario y el usufructuario queden obligados a transferir a su muerte la

propiedad o el usufructo a un tercero.

Puede el padre dejar una parte o la totalidad de sus bienes a su hijo, con la carga de transferirlos al hijo o hijos que tuviere hasta la muerte del testador, en cuyo caso el heredero se considerará usufructuario. Esta disposición será nula cuando la transmisión de los bienes deba hacerse a descendientes de ulteriores grados.

El Código también señala, que la obligación que se imponga al heredero de invertir ciertas cantidades en obras benéficas, como pensiones para estudiantes, para los pobres, o para cualquier establecimiento de beneficencia, no está comprendida en la prohibición de las sustituciones fideicomisarias.

La nulidad de la sustitución fideicomisaria no afecta, ni a la institución de heredero ni a la de legado, teniéndose únicamente por no escrita la cláusula fideicomisaria.

12.- DISPOSICIONES GENERALES SOBRE LAS FORMALIDADES DE LOS TESTAMENTOS.

El Código civil en su Capítulo I, del Título Tercero, del Libro Tercero, establece cuales son las disposiciones generales de la forma de los testamentos.

Con referencia a las personas que no pueden ser testigos del testamento, se mencionan: Los amanuenses del notario que lo autorice; los menores de dieciséis años; los que no estén en su sano juicio; los ciegos, sordos o mudos; los que no entiendan el idioma que habla el testador; los herederos o legatarios sus

descendientes, ascendientes, cónyuge o hermanos. El concurso como testigo de una de estas personas sólo produce como efecto la nulidad de la disposición que beneficie a ella o a sus mencionados parientes; y los que hayan sido condenados por el delito de falsedad.

En relación a los sordos, debe tenerse en cuenta que el sordo que tenga capacidad auditiva necesaria para oír con el uso de un aparato que corrija su defecto físico, no tiene impedimento legal para ser testigo.

Cuando el testador ignore el idioma del país, deben concurrir al acto y firmar el testamento, además de los testigos y el notario, dos intérpretes nombrados por el mismo testador.

Tanto el notario como los testigos que intervienen en cualquier testamento, deberán conocer al testador o cerciorarse de algún modo de su identidad y de que se halla en su cabal juicio y libre de cualquier coacción.

En caso de que la identidad del testador no pueda ser verificada, se declarará esta circunstancia por el notario o por los testigos, en su caso, agregando uno u otros todas las señales que caracterizan la persona de aquél, no teniendo validez en este caso el testamento mientras no se justifique la identidad del testador.

El Maestro Rafael de Pina nos comenta, la necesidad de que el notario dé fe en los instrumentos públicos que autoriza de que se conoce a las partes o de que ha quedado asegurado su conocimiento por medio de la intervención de testigos, y que esto constituye una garantía contra cualquier intento de suplantación de personalidad, que siendo siempre importante, lo es más cuando se trata del otorgamiento del testamento.

El propio Rafael de Pina glosa la opinión del Autor

Sánchez Tello, quien dice que el requisito de la identidad del testador se establece para alcanzar la seguridad de que a la persona que intenta testar le corresponde el nombre, apellido y circunstancias con que se presenta, o adquirir por lo menos, acerca de ello un grado tal de certeza que pueda fundarse en ella la presunción legal anexa a todo instrumento público.

El notario debe estar seguro de que el testador se halla en su cabal juicio y libre de cualquier coacción, circunstancias en ocasiones difíciles de precisar, y más aún debe procurar con toda diligencia y atención a los que habitual o accidentalmente no disfruten de su cabal juicio, para cerciorarse de que están legalmente capacitados para testar en el momento del otorgamiento del testamento, y por supuesto de que se encuentran libres de cualquier coacción.

Como una garantía para impedir fraudes en los testamentos, se prohíbe a los notarios y a cualquier otra persona que tenga que redactar disposiciones de última voluntad dejar hojas en blanco, o servirse de abreviaturas o cifras, bajo pena de quinientos pesos de multa a los notarios y de la mitad a quien no lo fuere.

Esta prohibición debe ser tenida en cuenta rigurosamente, pues no obstante su naturaleza material, tiene una enorme trascendencia por los peligros que su inobservancia encierra, y la sanción que se asigna en nada puede resarcir a los interesados de los daños que sufran cuando no es obedecida.

El artículo 1508 del Código dispone que "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." Y también debe dar aviso, quien tenga en su poder un testamento.

El artículo 1510 dice que "Si los interesados están ausentes o son desconocidos, la noticia se dará al juez."

13.- CLASES DE TESTAMENTOS.

Los testamentos en el Derecho Antiguo eran de dos clases: Solemnes y Privilegiados, guardando los primeros todas las formalidades requeridas por la ley, y los segundos fueron menos rigoristas, debido a las circunstancias especiales en que se otorgaban.

En los Códigos civiles de 1870 y 1884 los testamentos se clasificaban en: Públicos y privados.

El Código civil vigente en su artículo 1499 nos dice, "El testamento, en cuanto a su forma, es ordinario o especial."

Al respecto el Jurista Antonio de Ibarrola en su obra "Cosas y Sucesiones" nos expone que el artículo antes mencionado del Código civil, se parece al Código francés, al español y al argentino. Y que en los testamentos ordinarios concurren las formalidades comunes y en los especiales las que son extraordinarias o excepcionales. Aclarando que sin el conjunto de formalidades que se requieren para cada uno de los testamentos, que constituyen una verdadera solemnidad, da como resultado la inexistencia del mismo.

El mismo Antonio de Ibarrola nos explica que las legislaciones extranjeras son de lo más variadas en cuanto a la forma de testamento, por ejemplo: Los países anglosajones, como Inglaterra y muchos Estados de los Estados Unidos, solamente

reconocen los testamentos en los que intervienen testigos; en Suecia se consagra únicamente el testamento privado, que puede hacerse de palabra o escrito ante dos testigos que son llamados para presenciar el acto, y el testador puede revelar el contenido del mismo a los testigos; el sistema de Austria es extraordinariamente liberal, ya que admite concurrentemente todas las formas conocidas en el derecho moderno.

a) TESTAMENTOS ORDINARIOS.

En los Códigos civiles de 1870 y 1884 se estableció que los testamentos públicos eran: El abierto y el cerrado.

Actualmente, el Código civil dispone que los testamentos ordinarios son: El público abierto, el público cerrado y el ológrafo.

El testamento ológrafo no estaba contemplado dentro de la clasificación que señalaron los Códigos civiles anteriores.

Todo testamento ordinario en nuestro derecho se hace por escrito, en consecuencia no tiene vigencia el testamento verbal o nuncupativo que anteriormente se practicaba, y que fue prohibido en Francia por la Ordenanza de 1735, que dispuso que no se podía probar por medio de testigos el contenido así como la destrucción de un testamento.

1) TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO.

El Código civil en su artículo 1511 nos dice que el, "Testamento público abierto es el que se otorga ante notario y tres testigos idóneos."

También señala el mismo Código que, el testador expresará de un modo claro y terminante su voluntad al notario y a los testigos. El notario redactará por escrito las cláusulas del testamento sujetándose estrictamente a la voluntad del testador, y posteriormente dará lectura en voz alta para que el testador manifieste su conformidad. Si lo estuviere, firmarán todos el instrumento, asentándose el lugar, año, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado. (art. 1512.)

Si alguno de los testigos no supiere escribir firmará otro de ellos por él, pero cuando menos, deberá constar la firma entera de dos testigos. (art. 1513.)

Si el testador no pudiere o no supiere escribir, intervendrá otro testigo más, que firme a su ruego. (art. 1514.)

En el caso de extrema urgencia y no pudiendo ser llamado otro testigo, firmará por el testador uno de los instrumentales, haciéndose constar esa circunstancia. (art. 1515.)

El que fuere enteramente sordo, pero que sepa leer, deberá dar lectura a su testamento; si no supiere o no pudiere hacerlo, designará una persona que lo lea a su nombre. (art. 1516.)

Cuando sea ciego el testador, se dará lectura al testamento dos veces: una por el notario, como está prescrito en el artículo 1512, y otra, en igual forma, por uno de los testigos u otra persona que el testador designe. (art. 1517.)

Cuando el testador ignore el idioma del país, si puede, escribirá de su puño y letra su testamento, que será traducido

al español por los dos intérpretes a que se refiere el artículo 1503 (Cuando el testador ignore el idioma del país, concurrirá al acto y firmarán el testamento, además de los testigos y el notario, dos intérpretes nombrados por el mismo testador). La traducción se traducirá como testamento en el protocolo respectivo y el original se archivará en el apéndice correspondiente del notario que intervenga en el acto.

Si el testador no puede o no sabe escribir, uno de los intérpretes escribirá el testamento que dicte aquél, y leído y aprobado por el testador, se traducirá al español por los dos intérpretes que deben concurrir al acto; hecha la traducción se procederá como se dispone en el párrafo anterior.

Si el testador no puede o no sabe leer, dictará en su idioma el testamento a uno de los intérpretes. Traducido por los dos intérpretes, se procederá como dispone el párrafo primero de este artículo. (art. 1518.)

Las formalidades se practicarán acto continuo y el notario dará fe de haberse llenado todas. (art. 1519.)

Faltando alguna de las referidas solemnidades, quedará el testamento sin efecto, y el notario será reponsable de los daños y perjuicios e incurrirá, además, en la pena de pérdida de oficio. (art. 1520.)

En relación a este testamento, el Tratadista Rafael de Pina en su obra citada, nos comenta que la denominación de público, hace referencia a su publicidad más que a la calidad de la función del notario que autoriza, aunque ésta influye también en esta denominación. El notario da fe del acto en el que se otorga un testamento, pero no se concreta solamente a esto, sino que puede corregir, dado el carácter de técnico del derecho que tiene.

Y que la intervención de los testigos no está exigida ad

probationem, sino ad substantiam (ad solemnitatem). No tiene por consiguiente, finalidad probatoria; es un elemento esencial del acto, cuya falta determina la nulidad.

Rafael de Pina nos dice que las notas características de este testamento son: La presencia del notario ante el cual se otorga, la concurrencia de los testigos y la unidad del acto.

En relación a que se debe hacer el testamento acto continuo se comenta que, hay que distinguir entre su preparación y su otorgamiento. La unidad del acto o la continuidad del mismo hace referencia al otorgamiento, ya que éste supone una preparación, pues sin ella el otorgamiento sería un acto interminable y expuesto a errores y confusiones que podrían ser motivo de conflictos futuros de mucha trascendencia.

El acto testamentario propiamente dicho, esto es, el otorgamiento del testamento, necesita evidentemente de una preparación, que se traduce en actividades encaminadas a proporcionar al notario los datos necesarios para la confección del testamento y a procurar la comparecencia de los testigos.

El otorgamiento del testamento comienza hasta que estén reunidos el testador, el notario y los testigos, con las formalidades del caso, entonces, se procede a la redacción cuyo contenido esencial es la voluntad del testador, posteriormente a la lectura y firma del documento.

El propio Rafael de Pina nos dice que las modalidades de este testamento se presentan en los casos siguientes: Cuando el testador fuere enteramente sordo, pero que sepa leer; cuando sea ciego; cuando el testador ignore el idioma del país; cuando el testador no pueda o no sepa escribir; y cuando el testador no pueda o no sepa leer.

Por su parte el Autor Antonio de Ibarroja nos expone

en su obra citada, que este testamento es público porque se hace la declaración de voluntad en un instrumento público, y que es abierto porque la voluntad del testador es conocida tanto del notario como de los testigos.

Las ventajas que Antonio de Ibarrola considera en esta clase de testamento son: La primera de ellas es que lo pueden otorgar quienes no saben leer o escribir, como lo disponen los artículos 1514 y 1515 del Código civil, los cuales se transcribieron anteriormente, y que tiene todas las garantías que al caso presta la competencia, propiedad y la responsabilidad del notario, así como por tener toda la fuerza probatoria de los documentos auténticos, esto es, por otorgarse ante notario y tres testigos idóneos.

El Maestro Rafael Rojina Villegas en su mencionada obra cita a Planiol y a Ripert quienes exponen que, "El testamento auténtico presenta ciertas ventajas sobre el ológrafo; en primer lugar, está al alcance de todos aquellos que no saben o no pueden escribir, por ejemplo, los heridos, los moribundos; además su fuerza probatoria es la de todos los documentos auténticos y, en este sentido, es superior a la del ológrafo. Pero por otras razones, el testamento notarial no puede compararse con el ológrafo. El testador forzosamente ha de revelar sus disposiciones, no solamente al notario, sino también a los testigos; requiere el cumplimiento de tantas formalidades y condiciones, que las anulaciones son frecuentes, con los consiguientes perjuicios para los notarios responsables." (40).

(40) Ob. Cit., p. 371.

2) TESTAMENTO PUBLICO CERRADO.

El Código civil en su artículo 1521 dice que "El testamento público cerrado puede ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego, y en papel común."

El testador debe rubricar todas las hojas y firmar al calce del testamento; pero si no supiere o no pudiere hacerlo, podrá rubricar y firmar por él otra persona a su ruego. (art. 1522.)

En el caso del artículo que precede, la persona que haya rubricado y firmado por el testador concurrirá con él a la presentación del pliego cerrado, y en este acto el testador declarará que aquella persona rubricó y firmó en su nombre y ésta firmará en la cubierta con los testigos y el notario. (art. 1523.)

El papel en el que esté escrito el testamento o el que le sirve de cubierta deberá estar cerrado y sellado, o lo hará cerrar y sellar el testador en el acto del otorgamiento, y lo exhibirá al notario en presencia de tres testigos. (art. 1524.)

El testador, al hacer la presentación, declarará que en aquel pliego está contenida su última voluntad. (art. 1525.)

El notario dará fe del otorgamiento, con expresión de las formalidades requeridas en los artículos anteriores; esa constancia deberá extenderse en la cubierta del testamento, que llevará las estampillas del timbre correspondientes, y deberá ser firmada por el testador, los testigos y el notario, quien, además, pondrá su sello. (art. 1526.)

Si alguno de los testigos no supiere firmar se llamará a otra persona que lo haga en su nombre y en su presencia, de

modo que siempre haya tres firmas. (art. 1527.)

Si al hacer la presentación del testamento no pudiere firmar el testador, lo hará otra persona en su nombre y en su presencia, no debiendo hacerlo ninguno de los testigos. (art. 1528.)

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. (art. 1529)

Los que no saben o no puedan leer, son inhábiles para hacer testamento cerrado. (art. 1530.)

El sordo-mudo podrá hacer testamento cerrado con tal que esté todo él escrito, fechado y firmado de su propia mano, y que al presentarlo al notario, ante cinco testigos, escriba en presencia de todos sobre la cubierta que en aquel pliego se contiene su última voluntad y va escrita y firmada por él. El notario declarará en el acta de la cubierta que el testador lo escribió así, observándose, además, lo dispuesto en los artículos 1524, 1526 y 1527. (art. 1531.)

En el caso del artículo anterior, si el testador no puede firmar la cubierta, se observará lo dispuesto en los artículos 1528 y 1529, dando fe el notario de la elección que el testador haga de uno de los testigos para que firme por él. (art. 1532.)

El que sea sólo mudo o sólo sordo, puede hacer testamento cerrado con tal que esté escrito de su puño y letra, o si ha sido escrito por otro, lo apote así el testador, y firme la nota de su puño y letra, sujetándose a las demás solemnidades precisas para esta clase de testamentos. (art. 1533.)

El testamento cerrado que carezca de alguna de las formalidades sobredichas quedará sin efecto, y el notario será

responsable en los términos del artículo 1520 (Que menciona que faltando alguna de las referidas solemnidades, 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). (art. 1534.)

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. (art. 1535).

Por la infracción del artículo anterior no se anulará el testamento, pero el notario incurrirá en la pena de suspensión por seis meses. (art. 1536.)

El testador podrá conservar el testamento en su poder, o darlo en guarda a persona de su confianza, o depositarlo en el archivo judicial. (art. 1537.)

El testador que quiera depositar su testamento en el archivo, se presentará con él ante el encargado de éste, quien hará asentar en el libro que con ese objeto debe llevarse, una razón del depósito o entrega, que será firmada por dicho funcionario y el testador, a quien se dará copia autorizada. (art. 1538.)

Pueden hacerse por procurador la presentación y depósito de que habla el artículo que precede, y en este caso, el poder quedará unido al testamento. (art. 1539.)

El testador puede retirar, cuando le parezca, su testamento, pero la devolución se hará con las mismas solemnidades que la entrega. (art. 1540.)

El poder para la entrega y para la extracción del testamento debe otorgarse en escritura pública, y esa circunstancia se hará constar en la nota respectiva. (art. 1541.)

Luego que el juez reciba un testamento cerrado, hará comparecer al notario y a los testigos que concurrieron a su otorgamiento. (art. 1542.)

El testamento cerrado no podrá ser abierto sino después de que el notario y los testigos instrumentales hayan reconocido ante el juez sus firmas y la del testador o la de la persona que por éste hubiere firmado y hayan declarado si en su concepto está cerrado y sellado como lo estaba en el acto de la entrega. (art. 1543.)

Si no pudieren comparecer todos los testigos, por muerte, enfermedad o ausencia, bastará el reconocimiento de la mayor parte y el del notario. (art. 1544.)

Si por iguales causas no pudieren comparecer el notario, la mayor parte de los testigos o ninguno de ellos, el juez lo hará constar así por información, como también la legitimidad de las firmas y que en la fecha que lleva el testamento se encontraban aquellos en el lugar en que éste se otorgó. (art. 1545.)

En todo caso, los que comparecieron reconocerán sus firmas. (art. 1546.)

Cumpliendo lo prescrito en los cinco artículos anteriores, el juez decretará la publicación y protocolización del testamento. (art. 1547.)

El testamento cerrado quedará sin efecto siempre que se encuentre roto el pliego interior o abierto el que forma la cubierta, o borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo autorizan, aunque el contenido no sea vicioso. (art. 1548.)

Toda persona que tuviere en su poder un testamento cerrado y no lo presente, como está prevenido en los artículos 1508 y 1509 (Los cuales ya fueron mencionados; el primero señala que, 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; y el segundo establece que, lo dispuesto en el artículo que precede se observará también por cualquiera que tenga en su poder un testamento.), o lo sustraiga dolosamente de los bienes del finado, incurrirá en la pena, si fuere heredero por intestado, de pérdida del derecho que pudiera tener, sin perjuicio de la que le corresponda conforme al Código penal. (art. 1549.)

El Maestro Rafael de Pina en su obra citada nos expone que, "Testamento público cerrado es aquel que escrito por el propio testador o por otra persona a su ruego, en papel común, debe ser presentado ante notario público para que recoja la declaración del testador de que la expresión de su última voluntad se encuentra en el pliego que va encerrado en el sobre que se exhibe, para que se haga constar esta declaración por acta notarial en el sobre de referencia." (41).

El mismo Rafael de Pina nos dice que las modalidades de este testamento se presentan: Cuando el testador es sordomudo y cuando es sordo o mudo únicamente.

En este testamento se ha distinguido entre su fondo y su forma. El fondo o declaración secreta de la voluntad del testador constituye un documento privado, y la parte externa o formal reviste la naturaleza de un documento público.

Por lo que toca a la cuestión de saber cual es la fecha del testamento público cerrado, se ha planteado, que si es la del documento en que consta la expresión de última voluntad o

(41) Ob. Cit., p.p. 334 y 335.

la del acta extendida en el sobre que lo contiene. Al respecto el Maestro Rafael de Pina señala que, cuando el testamento lleve fecha, será ésta indiscutiblemente la que valga, pero cuando no conste en él se considerará como tal la del acta notarial de referencia.

Por su parte el Tradadista Antonio de Ibarrola en su obra citada nos expone que, este testamento se llama también místico o secreto; y que lo es como el ológrafo. Y tiene la garantía de que el notario y los testigos reciben la última voluntad en un pliego cerrado, y en consecuencia la desconocen.

Este testamento era reconocido en Roma, en este sentido el propio Antonio de Ibarrola cita en su obra a Vitali quien llega a decir que, "Su origen se encontraba ya en las Doce Tablas. En el Derecho Justiniano está perfectamente regulado. Fue reconocido en el Fuero Juzgo y regulado por las Partidas, exigiéndose al testador escribir por sí mismo el testamento ... "e si non supiere debe llamar a otro qual quisiere en quien se fié; después de escrito doblar la carta y poner en ella siete cuerdas con que se cierre de manera que finquen colgadas para poner en ellas siete sellos, y después debe llamar a los testigos y mostrar la carta y decirles que aquél es su testamento." (42).

Continuando con Antonio de Ibarrola nos comenta que, el testador puede estar comprendido dentro de cualquiera de los tres casos siguientes: A) El testador que sabe escribir; B) El testador que no sabe escribir, pero sabe y puede firmar;

(42) Séptima Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1991, p. 711.

y C) El testador que no puede o no sabe firmar.

El Tratadista Rafael Rojina Villegas en su obra ya mencionada cita a Planiol y a Ripert, quienes dicen que el "Testamento místico (cerrado) es aquel que, redactado por el testador o bajo su dirección personal, se presenta cerrado y sellado a un notario, quien levantará acta de testamento, suscribiéndola a continuación. Es una combinación del testamento ológrafo y del testamento por documento público abierto ..." (43).

Y también señalan que, "Este testamento ofrece las ventajas del ológrafo y del notarial. Toda persona que sepa escribir puede redactar por sí sola su testamento, que será tan secreto como los testamentos ológrafos. Y aún los que no supieren escribir, siempre que supieren leer, encontrarán en estos testamentos cierta ventaja, con sólo obtener el auxilio de un amigo fiel, a quien, privadamente, le dicten el testamento ... El testamento cerrado requiere tal serie de complicadas formalidades, que atemoriza a los testadores. Por esas formalidades son frecuentes los casos de nulidad y la abundancia de jurisprudencia en relación con el reducido número de esos testamentos demuestra que en esta materia son frecuentes los litigios ..." (44).

3) TESTAMENTO OLOGRAFO.

(43) Ob. Cit., p. 374.

(44) Ibidem, p.p. 374 y 375.

En el primer capítulo del presente trabajo, mencionamos que en Roma el testamento ológrafo fue admitido para algunos casos excepcionales en la Novela de Valentino y Teodosio, en el año 446, y que Justiniano permitió en la Novela 107 una forma privilegiada de testamento, para el padre que disponía en favor de sus hijos, en el cual no se requería la suscripción de mano del testador; lo cual actualmente es un requisito de validez.

Y que esta forma de testamento fue aceptada en Francia y confirmada en la Ordenanza de Luis XVI de 1735; en donde tuvo origen el testamento ológrafo como lo conocemos, y que posteriormente fue aceptado por el Código Napoleón para toda Francia, y que a su vez fue tomado por el Derecho italiano.

Asimismo se hizo mención que de entre las diversas formas de testamentos que había en el Derecho germánico, se decidió tomar sólo como forma ordinaria al testamento público, y que fue la Comisión del Reichstag, la que señaló al testamento privado ológrafo, que lo tomó también del Derecho francés.

Y el Derecho español también admitió esta forma de testamento, pero sufrió dos modificaciones, una en la que se requirió la mayoría de edad (1889), y la otra en la que se suprimió el requisito formal del uso de papel sellado (1904).

En nuestra legislación no se admitió esta forma de testamento, ni en el Código civil de 1870 ni en el de 1884.

En el Código civil vigente el testamento ológrafo es una de las novedades introducidas. Y el legislador consciente de los dos graves inconvenientes que se han atribuido a esta forma de testamento (la facilidad con que puede falsificarse y la frecuencia de su destrucción), dispuso como requisitos: 1º La redacción del testamento por duplicado, y 2º Su depósito en el Archivo General de Notarías, con los cuales prácticamente han quedado eliminados dichos inconvenientes.

El Tradadista Rafael de Pina en su obra citada nos dice que, "... Recibe la denominación de ológrafo el testamento escrito de puño y letra del testador y otorgado con sujeción a las formalidades prescritas por el legislador para las disposiciones de última voluntad de esta clase ..." (45).

Por lo que toca a este testamento, se ha dado una breve referencia histórica, la cual fue consultada y desarrollada más ampliamente, como ya lo señalamos, en el primer capítulo del presente trabajo. Así como una denominación de lo que es el testamento ológrafo.

En el capítulo siguiente veremos como se regula este testamento en el Código civil vigente de manera específica.

b) TESTAMENTOS ESPECIALES.

Los testamentos especiales son aquellos que se hacen tomando en cuenta determinadas circunstancias y sólo en atención a las mismas se permite recurrir a estas formas. Hay formalidades especiales para cada uno de estos testamentos.

Recordemos que en la antigüedad, las formas de testar que no eran ordinarias, eran privilegiadas.

Los testamentos especiales son: El privado, el militar, el marítimo, y el hecho en país extranjero (art. 1501) del Código.

(45) Ob. Cit., p. 338.

El Tratadista antes citado nos menciona que algunos expositores de esta materia consideran también como especiales, el del ciego, el de quien es enteramente sordo pero que sepa leer y escribir, el de quien ignora el idioma del país, el de quien no sabe ni puede escribir, y el de quien no sabe o no puede leer; pero, él opina que, no cabe hablar en estos casos de testamentos especiales, sino de modalidades particulares del testamento público abierto. Opinión en la que se está de acuerdo.

Los testamentos especiales están destinados a facilitar las expresiones de última voluntad en aquellas circunstancias que hacen imposible el otorgamiento de acuerdo con las formas ordinarias.

Los testamentos especiales, tienen, desde luego, idéntico valor y eficacia que los ordinarios, pero esto no significa que puedan otorgarse cuando no concurren las circunstancias particulares previstas por el legislador para autorizarlos.

1) TESTAMENTO PRIVADO.

El Código civil en su artículo 1565 dice que, "El testamento privado está permitido en los casos siguientes: I. Cuando el testador es atacado de una enfermedad tan violenta y grave que no dé tiempo para que concorra notario a hacer el testamento; II. Cuando no haya notario en la población o juez que actúe por receptoría; III. Cuando, aunque haya notario o juez en la población, sea imposible, o por lo menos muy

difícil, que concurren al otorgamiento del testamento; IV. Cuando los militares o asimilados del ejército entren en campaña o se encuentren prisioneros de guerra."

Para que en los casos enumerados en el artículo que precede pueda otorgarse testamento privado es necesario que al testador no le sea posible hacer testamento ológrafo. (art. 1566.)

El testador que se encuentre en el caso de hacer testamento privado, declarará a presencia de cinco testigos idóneos su última voluntad, que uno de ellos redactará por escrito, si el testador no puede escribir. (art. 1567.)

No será necesario redactar por escrito el testamento cuando ninguno de los testigos sepa escribir y en los casos de suma urgencia. (art. 1568.)

En los casos de suma urgencia bastarán tres testigos idóneos (art. 1569.)

Al otorgarse el testamento privado se observarán en su caso las disposiciones contenidas en los artículos (Que ya transcribimos referentes al testamento público abierto) del 1512 al 1519. (art. 1570.)

El testamento privado sólo surtirá sus efectos si el testador fallece de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba, o dentro de un mes de desaparecida la causa que lo autorizó. (art. 1571.)

El testamento privado necesita, además para su validez, que se haga la declaración a que se refiere el artículo 1575, teniendo en cuenta las declaraciones de los testigos que firmaron u oyeron, en su caso, la voluntad del testador. (art. 1572.)

La declaración a que se refiere el artículo anterior será pedida por los interesados, inmediatamente después que supieren

la muerte del testador y la forma de su disposición. (art. 1573.)

Los testigos que concurren a un testamento privado deberán declarar circunstanciadamente: I. El lugar, la hora, el día, el mes y el año en que se otorgó el testamento; II. Si reconocieron, vieron y oyeron claramente al testador; III. El tenor de la disposición; IV. Si el testador estaba en su cabal juicio y libre de cualquier coacción; V. El motivo por el que se otorgó el testamento privado; VI. Si saben que el testador falleció o no de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba. (art. 1574.)

Si los testigos fueron idóneos y estuvieron conformes en todas y cada una de las circunstancias enumeradas en el artículo que precede, el juez declarará que sus dichos son el formal testamento de la persona de quien se trate. (art. 1575.)

Si después de la muerte del testador muriese alguno de los testigos, se hará la declaración con los restantes, con tal de que no sean menos de tres, manifiestamente contestes, y mayores de toda excepción. (art. 1576.)

Lo dispuesto en el artículo anterior se observará también en el caso de ausencia de alguno o algunos de los testigos, siempre que en la falta de comparecencia del testigo no hubiere dolo. (art. 1577.)

Sabiéndose el lugar donde se hallan los testigos, serán examinados por exhorto. (art. 1578.)

El Maestro Rafael de Pina nos indica que esta clase de testamento se considera muy peligrosa, por prestarse a fáciles manipulaciones susceptibles de llegar al resultado de que la voluntad en el mismo atribuida al testador no sea en realidad su verdadera voluntad.

Y que es evidente que las formalidades exigidas para el

otorgamiento del testamento privado, como se ha demostrado en bastantes ocasiones, no garantizan satisfactoriamente la regularidad del acto.

Por su parte el Tradadista Antonio de Ibarrola en su obra nos dice en relación al artículo 1566, que señala que es necesario además en los casos permitidos para otorgar testamento privado, que no le haya sido posible al testador hacer testamento ológrafo; que siempre se ha entendido como un testamento hecho de puño y letra del testador, simple y sencillamente, no al testamento ológrafo tal como lo regula el Código civil, que exige el depósito de este testamento en el Archivo General de Notarías.

También nos comenta que este testamento carece de precedente en nuestro derecho. En la práctica da lugar a litigios y abusos sin cuento. Y recuerda un caso en que intervino un respetable funcionario, agente entonces del Ministerio Público ante el Juzgado Séptimo de lo Civil: Varios testigos falsos aseguraban que un individuo atropellado por un tranvía y que quedó muerto casi instantáneamente, había dejado todos sus bienes a un amigo. En consecuencia nos dice que nuestra ley está mal inspirada, y que debió haber dado atribuciones para recibir el testamento a alguna persona caracterizada, por ejemplo: A cualquier juez civil o penal, al párroco, al médico, etc.

Por último diremos que el artículo 887 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal señala que, "De la resolución que niegue la declaración solicitada (de ser formal el testamento privado) pueden apelar el promovente y cualquiera de las personas interesadas en la disposición testamentaria; de la que acuerde la declaración puede apelar el representante del Ministerio Público.

2) TESTAMENTO MILITAR.

El Código civil señala que, 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. (art. 1579.)

Lo dispuesto en el artículo anterior se observará, en su caso, respecto a los prisioneros de guerra. (art. 1580.)

Los testamentos otorgados por escrito, conforme a este capítulo, deberán ser entregados, luego que muera el testador, por aquel en cuyo poder hubieren quedado al jefe de la corporación, quien lo remitirá al Ministerio de la Guerra (ahora Secretaría de la Defensa Nacional) y éste a la autoridad judicial competente, a fin de que proceda, teniendo en cuenta lo dispuesto por los artículos (que ya transcribimos, relativos al testamento privado) del 1571 al 1578. (art. 1582.)

El Tratadista Rafael de Pina en su obra nos dice que, el testamento militar se podría definir, "... Como aquel que, con carácter especial, en las circunstancias previstas por el Código civil, pueden otorgar los militares o asimilados y los prisioneros de guerra." (46).

En la actualidad el testamento militar ha perdido su carácter privilegiado, teniendo solamente un carácter especial.

(46) Ibidem, p. 349.

El Autor Rafael de Pina en su obra referida cita a Castan quien dice que este testamento tiene su fundamento "... Unicamente en los peligros y riesgos de la vida de campaña y en la imposibilidad en que se encuentran los sujetos a ella de testar en las formas ordinarias." (47).

Opina el propio Rafael de Pina que el testamento militar en México es, sin duda, un testamento que podría refundirse sin inconveniente alguno con el privado, para lo que bastaría una pequeña reforma de la fracción IV del artículo 1565 del Código civil (Relativo al testamento privado, que ya transcribimos) y de su artículo 1567 (Que igualmente transcribimos), consistente en la disminución del número de testigos que ahora se exigen para el testamento privado, si se estimase necesaria.

3) TESTAMENTO MARITIMO.

El Código civil en su artículo 1583 dispone que "Los que se encuentren en alta mar, a bordo de navíos de la marina nacional, sea de guerra o mercante, pueden testar sujetándose a las prescripciones siguientes."

El testamento marítimo será escrito en presencia de dos testigos y del capitán del navío, y será leído, datado y

(47) Idem.

firmado como se ha dicho en los artículos (referentes al testamento público abierto, que ya fueron transcritos) del 1512 al 1519, pero en todo caso deberán firmar el capitán y los dos testigos. (art. 1584.)

Si el capitán hiciere su testamento, desempeñará sus veces el que deba sucederle en el mando. (art. 1585.)

El testamento marítimo se hará por duplicado y se conservará entre los papeles más importantes de la embarcación, y de él se hará mención en su diario. (art. 1586.)

Si el buque arribase a un puerto en que haya agente diplomático, cónsul o vicecónsul mexicanos, el capitán depositará en su poder uno de los ejemplares del testamento, fechado y sellado, con una copia de la nota que debe constar en el diario de la embarcación. (art. 1587.)

Arribando ésta a territorio mexicano, se entregará el otro ejemplar o ambos, si no se dejó alguno en otra parte, a la autoridad marítima del lugar, en la forma señalada en el artículo anterior. (art. 1588.)

En cualesquiera de los casos mencionados en los dos artículos precedentes, el capitán de la embarcación exigirá recibo de la entrega y lo citará por nota en el diario. (art. 1589.)

Los agentes diplomáticos, cónsules o las autoridades marítimas levantarán, luego que reciban los ejemplares referidos, un acta de la entrega, y la remitirán con los citados ejemplares, a la posible brevedad, 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. (art. 1590.)

El testamento marítimo solamente producirá efectos legales falleciendo el testador en el mar o dentro de un mes, contado

desde su desembarque en algún lugar donde, conforme a la ley mexicana o a la extranjera, haya podido ratificar u otorgar de nuevo su última disposición. (art. 1591.)

Si el testador desembarca en un lugar donde no haya agente diplomático o consular, y no se sabe si ha muerto, ni la fecha del fallecimiento, se procederá conforme a lo dispuesto en el Título XI del Libro Primero (que se refiere a los casos de ausencia). (art. 1592.)

El Autor Antonio de Ibarrola en su obra citada nos expone que, este testamento solamente se admite en la forma abierta, ya que se desprende de lo dispuesto por el artículo 1584, que ya transcribimos, que este testamento será escrito en presencia de dos testigos y del capitán del navío, y será leído, datado y firmado.

Continuando con Antonio de Ibarrola nos comenta que este testamento únicamente se puede otorgar por los que se encuentran en altamar, en consecuencia, no basta, haber entrado en la nave, se tiene que encontrar necesariamente en altamar.

Por su parte el Maestro Rafael de Pina en su obra nos comenta que al tratar este testamento, algunos juristas hacen alusión a la conveniencia de establecer una reglamentación semejante para las disposiciones testamentarias que haya necesidad de formular durante la navegación aérea.

Asimismo Rafael de Pina nos dice que es indudable, dado el desarrollo que han adquirido los medios aéreos de transporte de viajeros, que la llamada "navegación aérea" presenta problemas análogos a los de la navegación marítima, y que el legislador debe resolver.

4) TESTAMENTO HECHO EN PAIS EXTRANJERO.

El Código civil dispone que, los testamentos hechos en país extranjero producirán efecto en el Distrito Federal cuando hayan sido formulados de acuerdo con las leyes del país en que se otorgaron. (art. 1593.)

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 Distrito Federal. (art. 1594.)

Los funcionarios mexicanos remitirán copia autorizada de los testamentos que ante ellos se hubieren otorgado al Ministerio de Relaciones Exteriores, para los efectos previstos en el artículo (que ya transcribimos referente al testamento marítimo) 1590. (art. 1595.)

Si el testamento fuere ológrafo, el funcionario que intervenga en su depósito lo remitirá por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores, en el término de diez días al encargado del Archivo General de Notarias. (art. 1596.)

Si el testamento fuere confiado a la guarda del secretario de legación, cónsul o vicecónsul, hará mención de esa circunstancia y dará recibo de la entrega. (art. 1597.)

El papel en que se extiendan los testamentos otorgados ante los agentes diplomáticos o consulares llevará el sello de la legación o consulado respectivo. (art. 1598.)

Se desprende de los artículos anteriores que, los mexicanos que se encuentren en el extranjero pueden testar, ante los órganos competentes del país de que se trate, o ante los funcionarios del servicio exterior de su propio país; esto es, tienen dos opciones a elegir.

El Tratadista Rafael Rojina Villegas en su obra citada, señala que el testamento hecho en país extranjero puede

sujetarse a las leyes del país en que se otorgue y tiene plena validez en la República en virtud del principio de que el lugar rige al acto (*locus regit actum*) reconocido por el artículo 15 del Código civil, conforme al cual los actos jurídicos en cuanto a su formalidad se sujetarán a la ley del lugar donde se otorguen. Y este mismo artículo admite la posibilidad de que si el acto va a tener ejecución en el Distrito Federal, quedará su autor en libertad de sujetarse a las formalidades prescritas por el Código. También nos comenta que este precepto es idéntico en los Códigos de los Estados.

Y en relación a los secretarios de legación, cónsules y vicecónsules podrán hacer las veces de notarios o de encargados del Registro en el otorgamiento de esta clase de testamentos, en el único caso en que ejercen funciones de encargados del Registro Público es en el testamento ológrafo, ya que se requiere de su depósito.

En el caso de que se otorgue testamento ante los funcionarios antes señalados, se les impondrá la obligación de dar parte a la Secretaría de Relaciones Exteriores para que en caso de muerte del testador publique este hecho a fin de ponerlo en conocimiento de los interesados, así como de que otorgó testamento en país extranjero ante agente consular o diplomático para que promuevan la apertura del testamento.

La Secretaría de Relaciones Exteriores no tiene que dar parte a la autoridad judicial, serán los interesados en el testamento los que concurren ante la autoridad judicial competente para solicitar la apertura de la sucesión.

Por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores se entregará el testamento público abierto o cerrado que se hubiere otorgado ante el agente diplomático o consular, pero si el testamento fuese ológrafo se remitirá por dicha Secretaría

al encargado del Archivo General de Notarías que corresponda al domicilio señalado por el testador, para que a su vez éste lo remita al juez competente.

Antonio de Ibarrola en su obra citada nos comenta que, debemos tener en cuenta las prevenciones de la Ley Orgánica del Servicio Exterior Mexicano (DO, 8 ene. 1982) que en su artículo segundo transitorio abrogó la Ley Orgánica del Servicio Exterior Mexicano de 4 de marzo de 1967 y las demás disposiciones que se opusieran a ella. Esta a su vez abrogó a la de 25 de enero de 1934.

La ley vigente tuvo interesantes reformas publicadas el 27 de septiembre de 1990, y nos expone el mismo Antonio de Ibarrola que el considerando dice: "... Que una de las funciones propias del Estado de Derecho es proporcionar seguridad jurídica, la que se realiza entre otros medios a través del servicio público notarial, el cual además satisface las necesidades de interés social, de autenticidad y certeza; Que la Convención de Viena Sobre Relaciones Consulares en su artículo 5º inciso f) contempla dentro de las funciones consulares el actuar en calidad de notario. México, al formar parte de dicha Convención, la elevó al rango de Ley Suprema de toda la Unión, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 133 de la Constitución ... Que por su parte el artículo 47 inciso d) de la Ley Orgánica del Servicio Exterior Mexicano dispone que los jefes de oficina consulares ejercerán funciones notariales respecto de actos y contratos celebrados en el extranjero que deban ser ejecutados en territorio mexicano en los términos señalados por reglamento, y que su autoridad será equivalente, en toda la República, a la que tienen los actos de los notarios del Distrito Federal ... Que ... Sin embargo, por la gran demanda que existe en algunas representaciones para la

al encargado del Archivo General de Notarías que corresponda al domicilio señalado por el testador, para que a su vez éste lo remita al juez competente.

Antonio de Ibarrola en su obra citada nos comenta que, debemos tener en cuenta las prevenciones de la Ley Orgánica del Servicio Exterior Mexicano (DO, 8 ene. 1982) que en su artículo segundo transitorio abrogó la Ley Orgánica del Servicio Exterior Mexicano de 4 de marzo de 1967 y las demás disposiciones que se opusieran a ella. Esta a su vez abrogó a la de 25 de enero de 1934.

La ley vigente tuvo interesantes reformas publicadas el 27 de septiembre de 1990, y nos expone el mismo Antonio de Ibarrola que el considerando dice: "... Que una de las funciones propias del Estado de Derecho es proporcionar seguridad jurídica, la que se realiza entre otros medios a través del servicio público notarial, el cual además satisface las necesidades de interés social, de autenticidad y certeza; Que la Convención de Viena Sobre Relaciones Consulares en su artículo 5º inciso f) contempla dentro de las funciones consulares el actuar en calidad de notario. México, al formar parte de dicha Convención, la elevó al rango de Ley Suprema de toda la Unión, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 133 de la Constitución ... Que por su parte el artículo 47 inciso d) de la Ley Orgánica del Servicio Exterior Mexicano dispone que los jefes de oficina consulares ejercerán funciones notariales respecto de actos y contratos celebrados en el extranjero que deban ser ejecutados en territorio mexicano en los términos señalados por reglamento, y que su autoridad será equivalente, en toda la República, a la que tienen los actos de los notarios del Distrito Federal ... Que ... Sin embargo, por la gran demanda que existe en algunas representaciones para la

prestación del servicio notarial, se ha puesto de manifiesto la conveniencia de utilizar sistemas mecanizados que agilicen las funciones notariales en las misiones diplomáticas y en las oficinas consulares, lo que representará ventajas para las partes que intervienen en la relación jurídica, en virtud de que la función se hará más expedita, al poder realizarse íntegramente los medios electrónicos que (art. 98) en el ejercicio de funciones notariales los titulares de las oficinas consulares podrán dar fe, autenticar y protocolizar contratos de mandato, poderes, testamentos públicos abiertos ... Cuando dichos actos jurídicos se celebren dentro de su circunscripción y esté destinados a surtir sus efectos en México ..." (48).

En relación con lo anterior el Maestro Antonio de Ibarrola nos señala, que al parecer los cónsules no pueden autorizar testamento cerrado, lo que contradice al texto del artículo 1596, el cual admite que los cónsules intervengan en el otorgamiento de testamento ológrafo; ya que su opinión es en el sentido de que el texto del precepto del Código civil debe respetarse, ya que los mexicanos en el extranjero tienen derecho a elegir las formalidades vigentes en el Código civil. Opinión en la que la suscrita está de acuerdo.

(48) Ob. Cit., p.p. 726 y 727.

C A P I T U L O I V

EL TESTAMENTO OLOGRAFO COMO GENERADOR DE SEGURIDAD JURIDICA, EN SU ELABORACION, REDACCION E INSTITUCION DE HEREDEROS.

1.- DEFINICION LEGAL.

El Código civil vigente en su artículo 1550 señala que, "Se llama testamento ológrafo al escrito de puño y letra del testador."

El Maestro Rafael de Pina en su obra citada nos comenta que, como designación más correcta de esta forma de testar se ha sugerido la de autógrafo, pero que no ha tenido éxito alguno.

Y el Tratadista Antonio de Ibarrola en su obra referida, nos menciona que ológrafo debería escribirse hológrafo, por el espíritu rudo griego, como en hidrógeno, y que se ignora porqué en castellano se escribe sin "h" inicial.

Y nos señala asimismo que la palabra ológrafo viene del griego: Escribir por entero.

2.- CAPACIDAD PARA TESTAR ESPECÍFICA.

En el capítulo anterior se comentó que el Código civil dispone que la capacidad para testar la tienen todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de este derecho. Y que dentro de las incapacidades para testar se encuentran los menores que no han cumplido dieciséis años de edad ya sean hombres o mujeres.

Se desprende de lo anterior que toda persona mayor de dieciséis años de edad tiene capacidad para testar.

Pero en el caso del testamento ológrafo existe una disposición expresa en el Código civil en su artículo 1551 el cual dice que "Este testamento sólo podrá ser otorgado por las personas mayores de edad ..."

Y al respecto el artículo 646 del propio Código señala que "La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos."

En consecuencia hay una capacidad general para testar y una capacidad específica o excepcional que se requiere para testar en el caso de testamento ológrafo, ya que si la persona que quiere testar no ha cumplido dieciocho años será incapaz para otorgar esta clase de testamento.

3.- REQUISITOS DE VALIDEZ.

Los requisitos son: Que debe estar totalmente escrito por el testador; igualmente, debe estar firmado por él; y debe señalar de la misma manera la fecha en que se otorga el testamento.

En este sentido el Código civil también en su artículo

1551 señala en relación al testamento ológrafo lo siguiente: "... y para que sea válido, deberá estar totalmente escrito por el testador y firmado por él, con expresión del día, mes y año en que se otorgue ..."

Estos son los requisitos de validez específicos sólo para esta clase de testamento; y por otra parte se debe atender a los requisitos de validez en general, los cuales se mencionaron en el capítulo anterior.

El Tratadista Antonio de Ibarrola en su obra de referencia nos dice que para diferenciar el testamento del mero proyecto y para individualizar más completamente al testador la ley exige que lleve la firma de éste, sin la cual no será válido. Y que se requiere precisamente su firma habitual.

El propio Antonio de Ibarrola en relación con lo que no se puede considerar como firma, cita a Binder quien dice que no puede ser firma "... La expresión de una situación familiar, como las palabras "tu padre", "tu esposa", etc." (49).

El Maestro Rafael de Pina en su obra señalada en relación a que el testamento ológrafo es un acto jurídico solemne cita a Bonnacase quien escribe que, "... Puede sorprender a primera vista, ya que en su redacción no interviene ningún oficial público, pero hay que considerar que la noción de solemnidad no está rigurosamente ligada a esta intervención y que, en este caso, los elementos de la solemnidad son: la redacción del testamento por el propio testador, la fecha del acto y la firma." (50).

(49) *Ibidem*, p. 704.

(50) *Ob. Cit.*, p. 338.

4.- REQUISITOS PARA QUE SURTA SUS EFECTOS.

El requisito indispensable que se necesita para que el testamento ológrafo surta sus efectos, es que éste debe estar depositado en el Archivo General de Notarías, en la forma señalada por el Código civil.

Al respecto, el artículo 1550 (in fine) del Código civil dice que, "... Los testamentos ológrafos no producirán efecto si no están depositados en el Archivo General de Notarías en la forma dispuesta por los artículos (que mencionaremos más adelante) 1553 y 1554."

El mismo Código establece en su artículo 1563 que, "El testamento ológrafo quedará sin efecto cuando el original o el duplicado, en su caso, estuvieren rotos o el sobre que los cubre resultare abierto, o las firmas que los autoricen aparecieren borradas, raspadas o con enmendaduras, aun cuando el contenido del testamento no sea vicioso."

Por cualquiera de estas dos situaciones, el testamento ológrafo no surtirá sus efectos.

5.- SEGURIDAD JURIDICA EN SU ELABORACION, REDACCION E INSTITUCION DE HEREDEROS.

Para iniciar este punto, veremos lo que es la seguridad jurídica.

Los Maestros Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara en el "Diccionario de Derecho", definen a la seguridad jurídica de la siguiente manera: "Garantía que representa la organización estatal en el orden al mantenimiento del derecho y a la consiguiente protección del individuo nacional o extranjero." (51).

Por su parte, el Autor Juan Palomar de Miguel en el "Diccionario para Juristas", proporciona esta definición de seguridad jurídica: "Garantía de la aplicación objetiva de la ley ..." (52).

Y el Autor José Alberto Garrone en el "Diccionario Jurídico" expone que, "El orden social - sea justo o injusto - implica como es evidente, una delimitación de derechos y deberes entre los miembros de la comunidad. Pues bien, la seguridad no es otra cosa que la protección efectiva de esos derechos y deberes, es decir, el amparo seguro de ese orden, contra cualquiera que pretenda turbarlo; así como la reestructuración del mismo, en el caso de haber sido violado ... La seguridad es otro de los valores de gran consistencia y por cierto, de importancia básica, porque la certeza de saber a qué atenerse, es decir, la certeza de que el orden vigente ha de ser mantenido aun mediante la coacción, da al ser humano la posibilidad de desarrollar su actitud previendo en buena medida cuál será la marcha de su vida jurídica ..." (53).

(51) Editorial Porrúa, S. A., Decimoctava Edición, México, 1992, p. 451.

(52) MAY Ediciones, Primera Edición, México, 1981, p. 1231.

(53) Editorial Abeledo-Perrot, Tomo III P-Z, Buenos Aires Argentina, 1987, p. 355.

En relación a este punto, este testamento tiene seguridad jurídica en su redacción, ya que es el propio testador el que lo escribe de su puño y letra, debiendo cumplir con los requisitos y formalidades que exige el Código civil para su validez.

Tiene también seguridad jurídica en cuanto a su elaboración, ya que el testador puede poner en la cubierta de los sobres que contienen el original y el duplicado del testamento los sellos, señales, marcas y lacrados que crea convenientes para que no sean violados, y así tener la plena seguridad de que éstos serán los que se respeten y de que no serán modificados o cambiados.

Asimismo el testador tiene la seguridad de que tanto la institución de heredero como sus demás disposiciones mortis causa llegarán a surtir sus efectos, respetándose su última voluntad.

Este testamento es el único absolutamente secreto, ya que el testamento público cerrado admite la posibilidad de ser redactado por el propio testador o por otra persona a su ruego, de lo cual, ya no es absolutamente secreto.

En este sentido, el Tratadista Rafael de Pina en su obra mencionada cita a Castan quien dice que, "... La característica esencial que diferencia al testamento ológrafo del abierto y del cerrado es la autoconfesión por el testador, sin intervención de persona alguna extraña." (54).

Dentro de este punto veremos paulatinamente la seguridad jurídica de esta clase de testamento.

(54) Ob. Cit., p. 338.

a) FORMALIDADES.

En relación a la forma de este testamento el Código civil establece en su artículo 1553 que, "El testador hará por duplicado su testamento ológrafo e imprimirá en cada ejemplar su huella digital. El original dentro de un sobre cerrado y lacrado, será depositado en el Archivo General de Notarías, y el duplicado también cerrado en un sobre lacrado y con la nota en la cubierta a que se refiere el artículo (que después lo señalaremos) 1555, será devuelto al testador. Este podrá poner en los sobres que contengan los testamentos los sellos, señales y marcas que estime necesarios para evitar violaciones."

El artículo 1554 del mismo Código señala que, "El depósito en el Archivo General de Notarías se hará personalmente por el testador, quien si no es conocido del encargado de la oficina debe presentar dos testigos que lo identifiquen. En el sobre que contenga el testamento original el testador de su puño y letra pondrá la siguiente nota: "dentro de este sobre se contiene mi testamento". A continuación se expresará el lugar y la fecha en que se hace el depósito. La nota será firmada por el testador y por el encargado de la oficina. En caso de que intervengan testigos de identificación, también firmarán."

El artículo 1555 del Código establece que, "En el sobre cerrado que contenga el duplicado del testamento ológrafo se pondrá la siguiente constancia expedida por el encargado de la oficina: Recibí el pliego cerrado que el señor afirma contiene original su testamento ológrafo, del cual, según afirmación del mismo señor, existe dentro de este sobre un duplicado." Se pondrá luego el lugar y

la fecha en que se expide la constancia, que será firmada por el encargado de la oficina, poniéndose también al calce la firma del testador y de los testigos de identificación, cuando intervengan.

Dentro de las formalidades se encuentran las internas, las cuales, debe cumplir el propio testador, y se refieren a la elaboración y redacción; y las externas, en las que interviene tanto el testador como el encargado de la oficina del Archivo General de Notarías y los testigos de identificación, y se refieren al depósito del testamento en el antes mencionado Archivo. No son muchas las formalidades que se deben de atender, pero las que se requieren, son necesarias para su validez.

Existe una ventaja expresa en relación con el depósito del testamento, ya que el artículo 1556 del Código establece que, "Cuando el testador estuviere imposibilitado para hacer personalmente la entrega de su testamento en la Oficina del Archivo General de Notarías, el encargado de ella deberá concurrir al lugar donde aquel se encuentre, para cumplir las formalidades del depósito."

Y el artículo 1552 del Código de referencia señala en relación con las formalidades internas de este testamento que, "Si contuviere palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma. La omisión de esta formalidad por el testador sólo afecta a la validez de las palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, pero no al testamento mismo."

En relación a lo anterior, notamos que con las formalidades que se requieren para esta clase de testamento, se da una seguridad jurídica tanto de fondo como de forma.

También existe seguridad jurídica en el depósito del

testamento ológrafo hecho en país extranjero; que ya mencionamos, en el cual hay obligación para el funcionario que interviene en el depósito en el país que se trate, de remitirlo por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores, en un término de diez días al encargado del Archivo General de Notarías.

b) SEGURIDAD JURIDICA PARA NACIONALES Y EXTRANJEROS.

La seguridad jurídica de esta clase de testamento es legislada a nivel nacional, y por lo tanto, cualquier nacional que cumpla con los requisitos y formalidades requeridas, está en posibilidad de otorgar este testamento, y la misma legislación da oportunidad a los extranjeros para realizar su testamento en esta forma.

Al respecto, el artículo 1551 (in fine) del Código civil dispone que, "... Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma."

El Tratadista Antonio de Ibarrola en su obra citada nos comenta que, el testamento ológrafo puede hacerse en cualquier idioma; ya que muchas veces el testador mexicano podrá por diversas circunstancias considerar más conveniente hacer su testamento en idioma distinto al castellano. Pero también señala que, una interpretación jurídica del artículo 1551, antes mencionado, daría una solución contraria a la que se expuso, y parece negar la facultad de escribir en otro idioma el testamento al mexicano; y esta solución no la considera

justa, ya que vendría a negar el derecho de hacer testamento ológrafo a un mexicano, que por cualquier circunstancia desconociera su propio idioma, caso que no es muy difícil de encontrar. Y que en tal caso el mexicano quedaría en peor condición que el extranjero. Consideración en la que se está totalmente de acuerdo.

c) EFECTOS JURIDICOS SIN INTERVENCION DE NOTARIO NI DE INTERPRETES.

El testamento ológrafo tiene efectos jurídicos sin la necesidad de intervención de notario, como la requieren los otros dos testamentos ordinarios; el público abierto y el público cerrado.

Existe seguridad jurídica con la redacción y elaboración que hace el propio testador, en consecuencia no requiere de fe notarial.

Y tampoco requiere, como ya lo vimos, de intérpretes, situación que es necesaria para el testamento público abierto, ya que el testamento ológrafo se puede redactar en idioma distinto al castellano, y al ser este testamento completamente cerrado, da la seguridad de ser totalmente secreto, y una vez cumplidos sus requisitos y formalidades, éste será enteramente válido.

En consecuencia, este testamento ahorra la intervención y gastos de notario y de intérpretes, sin que con esto pierda su validez.

**a) SEGURIDAD JURIDICA DEL TESTAMENTO DESPUES DE SU DEPOSITO
EN EL ARCHIVO GENERAL DE NOTARIAS.**

En este sentido, el artículo 1557 del Código civil establece que, "Hecho el depósito, el encargado del Archivo General de Notarías tomará razón de él en el libro respectivo, a fin de que el testamento pueda ser identificado, y conservará el original bajo su directa responsabilidad hasta que proceda a hacer su entrega al mismo testador o al juez competente."

Existe aquí una seguridad jurídica expresa, en cuanto a que una vez depositado el testamento, sólo se entregará al propio testador o al juez; a nadie más.

El mismo Código insiste en esta seguridad, y en su artículo 1564 señala que, "El encargado del 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 los pidan y a los notarios cuando ante ellos se tramite la sucesión."

Una vez depositado el testamento en el Archivo correspondiente, el testador puede retirarlo cuando así lo estime conveniente.

Al respecto, el artículo 1558 del Código de referencia dice que, "En cualquier tiempo el testador tendrá derecho a retirar del Archivo General de Notarías, personalmente o por medio de mandatario con poder especial otorgado en escritura pública; el testamento depositado, en cuyo caso se hará constar el retiro en una acta que firmará el interesado o su mandatario, y el encargado de la oficina."

En este artículo se señala primeramente, que el testador

en cualquiera tiempo tendrá derecho a retirar del Archivo respectivo su testamento. El retiro consiste en separar, alejar o apartar alguna cosa de un lugar, en este sentido, el testador podrá apartar su testamento en cualquier tiempo del Archivo, sin más formalidad que la de hacerse constar el retiro en una acta que será firmada por los que en él intervengan.

No hay que confundir lo que es el retiro con la revalidación o con la revocación.

La revalidación consiste en la ratificación o confirmación, o es dar validez a lo que carecía de ella, al efecto, el artículo 1485 del Código civil dispone que, "Es 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."

En consecuencia, el artículo 1486 del propio Código señala que, "El testador que se encuentre en el caso del artículo que precede podrá, luego que cese la violencia o disfrute de la libertad completa, revalidar su testamento con las mismas solemnidades que si lo otorgara de nuevo. De lo contrario será nula la revalidación."

Por lo tanto, la revalidación consiste en confirmar o dar validez a lo que carece de ella por determinadas circunstancias; en cambio, el testamento es completamente válido hasta antes del retiro, y una vez retirado ya no lo es.

En relación con la revocación, el Autor Guillermo Cabanellas en el "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual" nos dice que revocar significa: "Dejar sin efecto una declaración de voluntad o un acto jurídico en que unilateralmente se tenga tal potestad; como testamento, mandato, donación (por ciertas causas),

y otros ..." (55).

El propio Autor nos señala que, "... La revocación testamentaria consiste en el acto unilateral, lo mismo que el otorgamiento de la disposición de última voluntad, realizado por el testador y por el cual deja sin efecto, en todo o en parte, la voluntad declarada en anterior testamento." (56).

En el "Diccionario Jurídico Mexicano" se menciona que la revocación es un "... Acto jurídico que deja sin efecto otro anterior por voluntad del otorgante ..." (57).

Dentro de las formas de revocación la doctrina distingue la expresa, la tácita y la material o real.

La revocación es expresa cuando se realiza mediante manifestación concreta de parte del testador. Al respecto en el Diccionario antes referido se asienta la opinión del Tratadista Fernández Aguirre quien estima que, "... No es necesario que la revocación siga la misma forma que haya tenido el testamento revocado. Así, un testamento ológrafo puede revocarse por uno público abierto o cerrado y viceversa ... No es preciso que el nuevo documento contenga a su vez disposiciones de última voluntad; basta con que exprese la decisión de revocar el anterior." (58).

(55) Editorial Heliasta, S. R. L., Tomo VII R-S, 20ª Edición, Impreso en los Talleres de Edigraf, S. A., Buenos Aires República de Argentina, 1986, p. 228.

(56) Ibidem, p.p. 226 y 227.

(57) Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo IV P-Z, Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, 1992, p. 2856.

(58) Ibidem, p. 2857.

La revocación es tácita cuando se realiza mediante un acto que trae aparejada la deficiencia de las disposiciones testamentarias anteriores. Esto es, que el otorgamiento de un testamento nuevo produce de pleno derecho la revocación del anterior. En este sentido, el artículo 1494 del Código civil establece que, "El testamento anterior queda revocado de pleno derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte." El testamento posterior, para que produzca revocación, tiene que ser perfecto, y no necesariamente debe ser de la misma clase que el anterior, esto es, que se puede revocar un testamento público abierto por el otorgamiento de otro cerrado o de uno ológrafo, si se ajusta a todos los requisitos de forma y de fondo exigidos por la ley.

La revocación es material o real cuando el testador procede a la destrucción física del testamento, en los casos en que puede hacerlo. Esta forma de revocación es factible sólo para los testamentos públicos cerrados y ológrafos; ya que el testador que otorga estas clases de testamentos, tiene la facultad de retirarlos de los lugares de depósito, y una vez retirado puede el testador destruirlo totalmente o dejarlo sin efecto abriendo la cubierta, rompiendo el pliego interior, raspando o enmendando las firmas que lo autorizan, etc.

Un testamento revocado se vuelve ineficaz, no adquiere valor dispositivo a la fecha de la muerte del causante. Esto en cuanto a las disposiciones hereditarias propiamente dichas, pero si el testamento revocado contiene declaraciones de otro orden, ellas serán revocables o no, según su naturaleza jurídica; por ejemplo, el reconocimiento de hijos nacidos fuera de matrimonio, o el reconocimiento de una deuda, o el perdón concedido a un ofensor, etc.

Como vemos, la revocación es un acto jurídico que deja sin efecto otro anterior por voluntad del otorgante, en cambio, la revalidación, consiste en confirmar o dar validez al testamento que no la tiene.

El retiro, la revalidación y la revocación son tres figuras jurídicas distintas; y con lo que se señaló anteriormente, se puede ver que la revocación material o real se podría confundir con el retiro, sin embargo, el retiro es primero, ya que en cualquier momento el testador tiene derecho a ello y será ineficaz, y después se puede llegar a lo que se entiende por revocación material o real, que consiste en la destrucción física del testamento. Independientemente de que se destruya físicamente o no, el testamento ya no es eficaz.

En segundo lugar menciona el artículo que estamos analizando, el 1558 del Código, que el testador podrá hacer el retiro del testamento del Archivo respectivo, personalmente o por medio de mandatario con poder especial otorgado en escritura pública. Existe aquí una seguridad en cuanto al retiro, ya que si el testador no puede hacerlo personalmente, tiene la ventaja expresa en el Código de hacerlo por medio de mandatario, pero éste debe tener un poder especial, el cual otorga el testador en escritura pública.

Y por último, el artículo de referencia señala también que, el retiro debe hacerse constar en una acta, la cual será firmada por el testador o por el mandatario, en su caso, y por el encargado de la oficina del Archivo General de Notarías.

e) SEGURIDAD JURIDICA EN LA TRAMITACION DE JUICIOS SUCESORIOS.

En relación a la seguridad jurídica en la tramitación de juicios sucesorios, el artículo 1559 del Código civil dispone que, "El juez ante quien se promueva un juicio sucesorio pedirá informes al encargado del Archivo General de Notarías, acerca de si en su oficina se ha depositado algún testamento ológrafo del autor de la sucesión, para el caso de que así sea se le remita el testamento."

Se tiene la seguridad de que si el autor de la sucesión otorgó testamento ológrafo, al abrirse ésta, se tendrá informe de su existencia por conducto del encargado del Archivo correspondiente, y que será remitido al juez competente, que lo haya pedido de manera oficial.

Y el artículo 1560 del Código señala que, "El que guarde en su poder el duplicado de un testamento o cualquiera que tenga noticia de que el autor de una sucesión ha depositado algún testamento ológrafo lo comunicará al juez competente, quien pedirá al encargado del Archivo General de Notarías en que se encuentra el testamento, que se lo remita."

En este artículo se señala que el que guarde en su poder el duplicado de un testamento o cualquiera que tenga noticia de que el autor de una sucesión ha depositado algún testamento ológrafo lo comunicará al juez competente, con el fin de que le sea remitido. El juez competente de cualquier manera, tiene la obligación de pedir informes al encargado del Archivo General de Notarías de la existencia de algún testamento ológrafo; se piensa que este artículo es más amplio y que se refiere a cuando el testamento ológrafo es depositado en otro Archivo ubicado en cualquier parte de los Estados Unidos Mexicanos, lo cual proporciona mayor seguridad.

Se darán informes de los testamentos ológrafos depositados en el Archivo General de Notarías, tanto a los jueces

competentes que oficialmente los pidan, así como a los notarios cuando ante ellos se tramite la sucesión.

f) DECLARACION DE FORMAL TESTAMENTO.

En este sentido, el artículo 1561 del Código civil establece que, "Recibido el testamento, el juez examinará la cubierta que lo contiene para cerciorarse de que no ha sido violada, hará que los testigos de identificación que residieren en el lugar reconozcan sus firmas y la del testador, y en presencia del Ministerio Público, de los que se hayan presentado como interesados y de los mencionados testigos abrirá el sobre que contiene el testamento. Si este llena los requisitos mencionados en el artículo 1551 (que se refiere a la mayoría de edad del testador; a que haya sido escrito de su puño y letra; así como que esté firmado y fechado de la misma manera) y queda comprobado que es el mismo que depositó el testador, se declarará formal el testamento de éste." Esto es, que el juez primero recibe el duplicado del testamento ológrafo y posteriormente comprueba que es el mismo que depositó el testador en el Archivo General de Notarías; ya que el encargado de éste le informará y le remitirá el testamento.

Y el artículo 1562 del Código dice que, "Sólo cuando el original depositado haya sido destruido o robado se tendrá como formal testamento el duplicado, procediéndose para su apertura como se dispone en el artículo que precede."

Existe aquí otra ventaja, ya que el testamento ológrafo se

hace por duplicado; esta es una de las formalidades que se le exige al testador.

Por otra parte, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, dispone en su artículo 883 que, "Si para la debida identificación fuere necesario reconocer la firma, por no existir los testigos de identificación que hubieren intervenido, o por no estimarse bastante sus declaraciones, el tribunal nombrará un perito para que confronte la firma con las indubitadas (indudables, seguras) que existan del testador, y teniendo en cuenta su dictamen hará la declaración que corresponda."

De lo anterior se desprende lo importante que es la firma del testador en el testamento. Y se proporciona seguridad, al señalar que al no existir los testigos de identificación que intervinieron en el depósito del testamento, se basará el juez únicamente en la firma del testador.

g) CONVENIENCIA DE SU PROPAGACION A NIVEL NACIONAL HACIENDO PATENTE SU SEGURIDAD JURIDICA.

El testamento ológrafo puede ser otorgado por personas mayores de edad, que sepan leer y escribir, y para que tenga validez, debe ser escrito, firmado y fechado por el propio testador. También puede ser otorgado por extranjeros.

Dentro de sus formalidades encontramos, que debe hacerse por duplicado, y debe el testador imprimir su huella digital en cada ejemplar. El original y el duplicado deben estar dentro de

sobres cerrados y lacrados, y podrá el testador poner las señales, sellos o marcas que estime necesarios para evitar violaciones. Para que surta sus efectos, el original del testamento debe ser depositado personalmente en el Archivo General de Notarías, presentando dos testigos de identificación. En el original el testador pondrá de su puño y letra la nota respectiva, expresándose el lugar y la fecha en que se hace el depósito, y será firmada por el testador, el encargado de la oficina del Archivo de referencia y por los testigos; y en el sobre cerrado que contenga el duplicado se pondrá la constancia extendida por el encargado de la oficina del Archivo mencionado, se asentará también el lugar y la fecha en que se extiende esta constancia, y los mismos firmarán.

Dentro de las ventajas encontramos que, el testador manifiesta realmente su última voluntad, ya que él mismo lo elabora y lo redacta, sin intervención de otras personas.

Para el depósito del testamento se requiere la intervención de dos testigos, pero no para su elaboración y redacción; por lo tanto, este testamento es absolutamente secreto.

No es necesaria la intervención de un notario para su validez, ya que este testamento la tiene sin la intervención de éste.

Y para los extranjeros no se requiere la intervención de intérpretes.

El depósito del testamento es sencillo, y existe una gran seguridad; ya que el encargado de la oficina del Archivo de referencia, lo tendrá bajo su directa responsabilidad hasta que proceda a hacer su entrega, ya sea al propio testador o al juez competente que oficialmente lo pida.

Cuando el testador esté imposibilitado para hacer

personalmente el depósito de su testamento en el Archivo referido, el encargado de la oficina de éste podrá concurrir al lugar donde el testador se encuentre, para cumplir con las formalidades del depósito.

El testador tiene derecho de retirar su testamento del Archivo antes mencionado, en cualquier momento. Esta formalidad es sencilla, ya que el retiro se hace constar en una acta que firmará el testador así como el encargado de la oficina del Archivo de referencia.

El testamento puede ser retirado también por medio de mandatario con poder especial en escritura pública, y el acta de retiro será firmada entonces, por el mandatario y por el encargado de la oficina del Archivo referido.

Cuando se promueve algún juicio sucesorio, el juez tiene la obligación de pedir informes al Archivo antes mencionado, para saber si se depositó algún testamento ológrafo por parte del autor de la sucesión, y en caso de que el informe sea afirmativo, le será remitido al juez.

Si una persona tiene en su poder el duplicado de un testamento ológrafo, o sabe que el autor de la sucesión depositó alguno en otro lugar, se lo debe comunicar al juez, quien pedirá informes al Archivo en que se encuentre, y le será remitido en caso de que éste se encuentre en ese Archivo.

Una vez recibido el testamento, el juez debe examinar la cubierta que lo contiene, para cerciorarse de que no ha sido violada. Los testigos deben reconocer sus firmas y la del testador. Y en presencia del Ministerio Público, de los interesados y de los testigos, el juez abrirá el sobre que contiene el testamento, y si el testamento llena los requisitos de validez, y queda comprobado que es el mismo que depositó el testador, se declarará formal el testamento del autor.

Si ya no existen los testigos de identificación que intervinieron en el depósito, el juez se basará únicamente en la firma del testador.

Si el testamento original depositado es destruido o robado, se tendrá como formal testamento el duplicado.

El Maestro Rafael Rojina Villegas en su obra citada nos comenta en relación a este testamento que, "... Ofrece gran comodidad, especialmente para las personas enfermas, que no tienen siempre a su disposición tiempo o medios para procurarse un notario y para las personas indecisas o tímidas, que gustan de leer y volver a leer sus disposiciones antes de considerarlas definitivas ..." (59).

Por su parte el Tratadista Antonio de Ibarrola en su obra referida en relación a este testamento nos expone que, "... Realmente, su sencillez y su secreto ofrecen innegables ventajas. En los pueblos acostumbrados a las fórmulas rápidas y sencillas, el testamento ológrafo suplanta a los demás; por su sencillez y baratura es el testamento preferido entre nosotros por las clases modestas ..." (60).

El mismo Antonio de Ibarrola en su obra mencionada cita a Saleilles quien dice que este testamento es, "... La salvaguardia de la justicia, la salvaguardia suprema de la libertad testamentaria ..." (61).

En este sentido el Autor Rafael de Pina en su obra señalada nos explica que, "... En el derecho mexicano el

(59) Ob. Cit., p. 378.

(60) Ob. Cit., p. 702.

(61) Idem.

testamento ológrafo es una de las novedades introducidas por el Código Civil para el Distrito Federal. El legislador, consciente de los dos graves inconvenientes que se han atribuido a esta forma de testar - la facilidad con que puede falsificarse y la frecuencia de su destrucción -, opuso como obstáculo a ellos el requisito de su redacción por duplicado y el de su depósito en el Registro Público de la Propiedad (actualmente en el Archivo General de Notarías), con los cuales prácticamente han quedado eliminados." (62).

Por todo lo anteriormente señalado, se ha considerado conveniente la propagación de este testamento a nivel nacional, haciendo patente su seguridad jurídica.

El Código civil establece para el testamento ológrafo, la misma seguridad jurídica que para las dos clases de testamentos ordinarios.

Por lo tanto, este testamento tiene seguridad porque lo redacta y elabora el propio testador; es muy práctico; sus formalidades son sencillas; su costo es mucho más bajo en comparación con los otros dos testamentos ordinarios; es absolutamente secreto; su depósito brinda rapidez, con posibilidad de que el encargado de la oficina del Archivo referido, acuda al lugar donde se encuentra el testador; igualmente, su retiro es muy simple, inclusive con posibilidad de mandatario; hay seguridad en el Archivo de referencia, ya que una vez depositado el testamento, éste queda bajo la directa responsabilidad del encargado de la oficina, quien no dará informes acerca de los testamentos, sino al juez

(62) Ob. Cit., p. 339.

competente que oficialmente se lo pida, o al notario que tramite la sucesión; y para prevenir la destrucción, pérdida o falsificación del testamento, se hace por duplicado; y este testamento en general es sumamente discreto en todos sus trámites.

JURISPRUDENCIA.

En la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no se ha dictado jurisprudencia en relación al testamento ológrafo.

En este sentido, el Tratadista Antonio de Ibarrola en su obra citada nos comenta que considera aplicable a nuestro medio la jurisprudencia francesa, y menciona por ejemplo: Que este testamento puede hacerse en forma de carta; o que puede hacerse con lápiz; que puede otorgarse en intervalos largos, en diversas ocasiones, siempre que se cumpla con el requisito de la fecha; que puede hacerse en varias hojas; que la firma del testador debe ser la acostumbrada; que puede otorgarse en taquigrafía, siempre que esté apegado a los métodos conocidos y casi universalmente practicados; que las dos primeras cifras del año estén impresas y las otras las complete el testador de su puño y letra; que la utilización de papel impreso o timbrado en nada daña el testamento; y por último nos comenta que, la escritura realizada por el propio testador, pero con una máquina de escribir, no puede considerarse autógrafa en el sentido de la ley, ya que la autografía debe requerirse en sentido literal, y por medio de la escritura de puño y letra del testador aparece su individualidad.

Estos son algunos ejemplos de jurisprudencia francesa que el Tratadista considera aplicables a nuestro medio jurídico, en relación al testamento ológrafo.

C O N C L U S I O N E S .

1.- En el presente trabajo se ha destacado la importancia del Derecho Romano, el cual se reguló por las disposiciones de las XII Tablas, el Derecho Pretorio y posteriormente por el Corpus Iuris Civilis de Justiniano. Este Derecho fue esencialmente formalista y solemne, y tratándose en particular de su Derecho Sucesorio, consideró dos principios fundamentales: El primero, en el que se estableció que el testamento carecía de validez si no estaba contemplada la institución de heredero, quien debía recoger la herencia a título universal, tomando la continuidad de la personalidad y del patrimonio del de cuius; el segundo, referente a que ninguna persona al morir, podía disponer parcialmente de su patrimonio mediante testamento, dejando intestado el resto del mismo.

2.- Alemania, Francia, Italia y España incorporaron a sus ordenamientos gran parte de las instituciones del Derecho Romano, y por lo que respecta al testamento, estos países reconocieron su validez, aun sin que se hubiese señalado institución de heredero.

Es necesario aclarar, que en algunas leyes locales de España se requiere para la validez del testamento de la institución de heredero.

Se consideran, asimismo, característicos del acto testamentario, el ser unilateral, personal, solemne, formal y revocable; debiéndose, asimismo, otorgar por escrito. Y se reconoce al mismo tiempo, la posibilidad de que la sucesión testamentaria y la legítima puedan coexistir.

Por su parte, el Derecho Germánico, admite lo que denomina contrato sucesorio y testamento mancomunado, considerando que el segundo se puede otorgar de forma ológrafa, tratándose de cónyuges mayores de edad y que ambos puedan escribir. Sin embargo, lo anterior no es admisible por ninguna de las legislaciones que se han abordado en este estudio.

3.- El Derecho Francés sólo reconoce como sucesión a la realizada por la ley, no así a la transmisión de bienes que se hace por donación o por testamento. Se reserva la denominación de herederos a quienes se llama para suceder al de cuius, considerando asimismo donatarios o legatarios, a quienes reciben los bienes por voluntad expresa del hombre, mismo a quien se limita en su derecho de testar, en aquellos casos en que haya hijos o descendientes.

4.- En el México Precolonial, por su importancia, destacan en materia de sucesiones los sistemas de los Mayas y de los Aztecas, existiendo, al parecer en ambos casos, cierta preferencia por los varones. De lo anterior se observa una gran similitud con lo que señalaron las legislaciones europeas mencionadas en este estudio.

5.- El Derecho de la Epoca Colonial siguió el sistema español; por consiguiente, no fue necesaria la institución de heredero para la validez del testamento. Por otra parte, reconocemos la gran importancia que en esta época tuvo el testamento de indios, el cual se podía hacer por medio de comisario, aun cuando no consideramos de manera total que se haya tratado de un testamento privilegiado.

6.- En la Epoca de Independencia, fueron de gran importancia "Los Sentimientos de la Nación" de José María Morelos; de igual forma lo fueron los Códigos Civiles del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870 y 1884, en los cuales se estableció que los testamentos no podían hacerse a través de comisario. En el Código Civil de 1870, se introdujo el sistema de las "legítimas", que venía de la tradición española que establecía herederos forzosos. La legítima, era la porción de bienes destinada por la ley a los herederos en línea recta ascendente o descendente. Por su parte, el Código Civil de 1884, estatuyó el principio de la "libre testamentifacción", al señalar en su artículo 3323, que toda persona tenía derecho a disponer libremente de sus bienes por testamento a título de herencia o de legado, limitando este derecho en los casos en que existiera la obligación del testador de dejar alimentos a sus descendientes, ascendientes o cónyuge supérstite, de conformidad con las disposiciones establecidas.

Por nuestra parte, consideramos que el principio de la libre testamentifacción cambió radicalmente el sistema de sucesiones, y admitimos que es mejor la libertad de testar que las limitaciones a la misma.

7.- Dentro de las formas ordinarias de testar que regula nuestro Código Civil vigente, se encuentran el testamento público abierto, el público simplificado, el público cerrado y el ológrafo, habiéndose incluido este último en el referido Código Civil de 1928, en el artículo 1550, al decir: "Se llama testamento ológrafo al escrito de puño y letra del testador". Sólo puede ser otorgado por un mayor de dieciocho años. Además, el testamento ológrafo únicamente surtirá sus efectos, siempre

y cuando se deposite en el Archivo General de Notarías, en donde será resguardado, hasta en tanto lo retire el testador, o en su caso, cuando sea requerido por juez competente, que de manera oficial lo solicite, o por el notario que tramite la sucesión. Con ello se da plena seguridad jurídica a esta clase de testamento.

8.- Lo más relevante de esta clase de testamento, es su bajo costo, desde el punto de vista económico, lo que permite que accedan a él, las personas de bajos recursos que se ven imposibilitados a pagar los emolumentos de un notario, ya que en su otorgamiento no se requiere de su participación, así como tampoco de ningún intérprete; además, se destaca la rapidez y sencillez de sus formalidades, desde su redacción y elaboración hasta que surte sus efectos, o en su caso, su retiro, en donde ninguna persona conoce las disposiciones contenidas en él, por ser absolutamente secreto.

9.- Por lo que se expuso en relación al testamento ológrafo, se propone que se haga una difusión del mismo, manejando sus ventajas, no solamente a nivel local sino a nivel nacional, ya que la mayoría de los mexicanos, tanto en el Distrito Federal como en los demás Estados que conforman la República Mexicana, no cuentan con recursos suficientes para asesorarse de un notario al otorgar su testamento, y por eso muchas de las veces mueren sin hacer testamento, causando con ello perjuicios en las relaciones crediticias que no se extinguen con la muerte, así como problemas, complicaciones, inseguridad e incertidumbre familiar.

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

- ARCE y Cervantes José, "De las Sucesiones", Primera Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1983.
- BAQUEIRO Rojas Edgard y Rosalía Buenrostro Báez, "Derecho de Familia y Sucesiones", Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Harla, México, 1990.
- BIALOSTOSKY Sara, "Panorama del Derecho Romano", Segunda Edición, Universidad Nacional Autónoma de México, Imprenta Universitaria, México, 1985.
- BRAVO González Agustín y Beatriz Bravo Valdés, "Segundo Curso de Derecho Romano", Décima Edición, Tercera Reimpresión, Editorial Pax México, Librería Carlos Césarman, S. A., México, 1989.
- CABANELLAS Guillermo, "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual", Tomo VII, 20ª Edición, Editorial Heliasta, S. R. L., Impreso en los Talleres Edigraf, S. A., Buenos Aires República de Argentina, 1986.
- CHAVEZ Asencio Manuel F., "La Familia y el Derecho", Derecho de Familia y Relaciones Familiares, Primera Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1984.
- DICCIONARIO Jurídico Mexicano, Tomo IV, Quinta Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, S. A., México, 1992.
- ENNECCERUS Ludwin, Theodor Kipp y Martín Wolff, "Tratado de Derecho Civil", Volumen I, Tomo V, De las Sucesiones, Segunda Edición, Traducción a la Decimoprimera Revisión, Traducción de Helmut Coing, con Estudios de Comparación y Adaptación a la Legislación y Jurisprudencia Españolas por Ramón Mª Roca

- Sastre, al cuidado de Luis Puig Ferriol y Fernando Badosa Coll, Bosch Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1976.
- ESQUIVEL Obregón T., "Apuntes para la Historia del Derecho Mexicano, Tomo I, Segunda Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1984.
 - GARRONE José Alberto, "Diccionario Jurídico", Tomo III, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires Argentina, 1987.
 - GUAGLIANONE Aquiles Horacio, "Estudio de la Colación en el Antiguo Derecho Español y en el Proyecto de F. García Goyena", Investigaciones del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales XIV, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 1937.
 - IBARROLA Antonio de, "Cosas y Sucesiones", Séptima Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1991.
 - LAURENT F., "Principios de Derecho Civil", Tomo Noveno, Traducción Castellana, Segunda Edición cuidadosamente corregida por el Licenciado D. Alvaro Gutierrez, Editor J. B. Gutierrez, Puebla, 1913.
 - MARGADANT S. Guillermo Floris, "El Derecho Privado Romano", Décima Edición, Editorial Esfinge, S. A., México, 1981.
 - MARGADANT S. Guillermo Floris, "Introducción a la Historia del Derecho Mexicano", Décima Edición, Editorial Esfinge, S. A. de C. V., México, 1993.
 - MURO Orejon Antonio, "Lecciones de Historia del Derecho Hispano-Indiano", Primera Edición, Edición en cooperación con la Escuela Libre de Derecho, Miguel Angel Porrúa - Librero Editor, México, 1989.
 - PALOMAR de Miguel Juan, "Diccionario para Juristas", Primera Edición, MAY Ediciones, México, 1981.
 - PETIT Eugene, "Tratado Elemental de Derecho Romano", Traducción de la Novena Edición Francesa, Traducción del

- D. José Fernández González, Sexta Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1990.
- POLACCO Vittorio, "De las Sucesiones", Sucesiones Legítimas y Testamentarias, Traducción de Santiago Sentis Melendo, Segunda Edición, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía. - Editores, Buenos Aires, 1950.
 - PINA Rafael de, "Elementos de Derecho Civil Mexicano", Volumen Segundo, Novena Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1983.
 - PINA Rafael de y Rafael de Pina Vara, "Diccionario de Derecho", Decimoctava Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1992.
 - ROJINA Villegas Rafael, "Derecho Civil Mexicano", Tomo Cuarto, Sucesiones, Sexta Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1985.

LEGISLACION Y CODIGOS.

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.
- Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870.
- Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884.
- Código Civil para el Distrito Federal de 1928.
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de 1931.