



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLAN**

**“LA JURISDICCION VOLUNTARIA COMO VIA IDONEA PARA
DECLARAR FORMAL EL TESTAMENTO OLOGRAFO, DENTRO
DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL”**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE :
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MIGUEL ANGEL PEÑALOZA ROJAS

ASESOR : LIC. JESUS FLORES TAVARES

FEBRERO 2005



m341949

CON DEDICATORIA Y MIS AGRADECIMIENTOS:

A mi madre **MARIA TERESA ROJAS LUNA**, quien por darme diariamente la vida, casi olvida de su persona.

A mi padre **MIGUEL ANGEL PEÑALOZA**, por ser mi apoyo y el ejemplo que me ha inspirado a seguir adelante.

A mis hermanos **JOSE ISAAC** y **JUAN PABLO PEÑALOZA ROJAS**, por estar siempre en el momento y lugar necesarios para mi existir.

A mi gran amigo, maestro y guía cultural **DANIEL GÓMEZ PALACIOS**, por enseñarme con solidaridad ciudadana-náhuatl a que el compromiso que tiene el ser que más sabe, es el servir más a su comunidad con la tinta roja y la tinta negra.

A mi mujer, por motivarme cada día a ser merecedor de su amor, comprensión y apoyo, por ser el **AMOR DE MI VIDA**.

A ese ser que me dio la ilusión de ser padre y que siempre velará por su madre donde quiera que se encuentre.

A mi hijo **MIGUELITO** quien con solo verlo, motiva a consolidarme diariamente como mejor **SER HUMANO**.

A mis maestros y sinodales, integrantes de la gran hermandad universitaria, quienes con estricto apego a su deber, han forjado con éxito a un **CIUDADANO Y PROFESIONISTA MEXICANO**.

INDICE

Página

INTRODUCCIÓN	1
------------------------	---

CAPITULO I. DE LAS SUCESIONES.

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS	5
1.2 SUCESIONES EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL	31
1.2.1 SUCESIÓN LEGÍTIMA	49
1.2.2 SUCESIÓN POR TESTAMENTO	66
1.2.3 FORMA DE LOS TESTAMENTOS	73

CAPITULO II. DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO.

2.1 CONCEPTO Y EVALUACIÓN	92
2.2 DECLARACIÓN DE SER FORMAL EL TESTAMENTO OLÓGRAFO	115
2.3 DECLARACIÓN DE SER VÁLIDO EL TESTAMENTO OLÓGRAFO	122
2.4 DIFERENCIA ENTRE DECLARAR FORMAL Y DECLARAR VÁLIDO AL TESTAMENTO OLÓGRAFO	126
2.4.1 CORRELACIÓN DEL ARTICULO 882 CON EL ARTÍCULO 790 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL	131

CAPITULO III. DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.

3.1 CONCEPTO	136
3.2 APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN MATERIA DE SUCESIONES	155
3.3 LA VIA IDÓNEA PARA DECLARAR FORMAL UN TESTAMENTO OLÓGRAFO	167

CAPITULO IV. DE LA ADICIÓN AL ARTÍCULO 1561 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

4.1 INEXISTENCIA DE PRECEPTOS LEGALES QUE DETERMINEN LA VÍA PARA DECLARAR FORMAL UN TESTAMENTO OLOGRAFO	207
---	-----

4.1.1	LA COSTUMBRE COMO PRÁCTICA PROCESAL PARA SOLICITAR LA DECLARACIÓN DE SER FORMAL EL TESTAMENTO OLÓGRAFO215
4.2	NECESIDAD DE APLICAR EL PRINCIPIO DE ECONOMIA PROCESAL228
4.3	PROPUESTA DE ADICIÓN AL ARTÍCULO 1561 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL239
	CONCLUSIONES247
	BIBLIOGRAFÍA250

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I. **DE LAS SUCESIONES.**

- 1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.
- 1.2 SUCESIONES EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.
 - 1.2.1 SUCESIÓN LEGÍTIMA.
 - 1.2.2 SUCESIÓN POR TESTAMENTO.
 - 1.2.3 FORMA DE LOS TESTAMENTOS.

CAPITULO II. **DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO.**

- 2.1 CONCEPTO Y EVALUACIÓN.
- 2.2 DECLARACIÓN DE SER FORMAL EL TESTAMENTO OLÓGRAFO.
- 2.3 DECLARACIÓN DE SER VÁLIDO EL TESTAMENTO OLÓGRAFO.
- 2.4 DIFERENCIA ENTRE DECLARAR FORMAL Y DECLARAR VÁLIDO AL TESTAMENTO OLÓGRAFO.
 - 2.4.1 CORRELACIÓN DEL ARTÍCULO 882 CON EL ARTÍCULO 790 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

CAPITULO III. **DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.**

- 3.1 CONCEPTO.
- 3.2 APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN MATERIA DE SUCESIONES.
- 3.3 LA VIA IDÓNEA PARA DECLARAR FORMAL UN TESTAMENTO OLÓGRAFO.

CAPITULO IV. **DE LA ADICIÓN AL ARTÍCULO 1561 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

- 4.1 INEXISTENCIA DE PRECEPTOS LEGALES QUE DETERMINEN LA VÍA PARA DECLARAR FORMAL UN TESTAMENTO OLÓGRAFO.
 - 4.1.1 LA COSTUMBRE COMO PRÁCTICA PROCESAL PARA SOLICITAR LA DECLARACIÓN DE SER FORMAL EL TESTAMENTO OLÓGRAFO.

- 4.2 NECESIDAD DE APLICAR EL PRINCIPIO DE ECONOMIA PROCESAL.
- 4.3 PROPUESTA DE ADICIÓN AL ARTÍCULO 1561 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

JUSTIFICACIÓN DEL TEMA.

Con la adición de un segundo párrafo al artículo 1561 del Código Civil para el Distrito Federal, se pretende precisar la vía y forma idónea para declarar formal un testamento ológrafo. Al analizar el Capítulo IV, Título Tercero, Libro Tercero del Código Civil mencionado, el cual se denomina De las Sucesiones, se desprende la inexistencia de una figura jurídica que nos permita conocer con eficacia la vía correcta a desarrollar y que habrá de culminar con la audiencia a que se refiere el artículo 1561 de la Ley Sustantiva en comento. La experiencia adquirida por el trabajo cotidiano desarrollado en un Juzgado adscrito al Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, nos ha dado la certeza de que es necesaria una adición al artículo 1561 citado, en la cual se indique que es a través de la Jurisdicción Voluntaria la vía en la que debe tramitarse la declaración de ser formal el testamento ológrafo, ya que ni en el Código Civil, ni en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en cuanto hace a la figura del Testamento Ológrafo, señalan cuáles serán los límites del procedimiento que nos llevarán a declararlo formal dentro de la audiencia ordenada en el artículo 1561 del Código Civil; es por ello que consideramos debe fijarse inmediatamente como segundo párrafo en el precepto legal antes señalado, la forma propuesta y citada por un servidor en el objetivo de este proyecto, con el fin de ir reduciendo lagunas procesales que han provocado en el ánimo del promovente y del Juzgador interpretaciones diferentes acerca de la vía en que debe llevarse a cabo la declaración de ser formal el Testamento Ológrafo, trayendo como consecuencias que quien promueva, con experiencia en la práctica jurídica y muchas veces por costumbre, inicie un juicio testamentario respecto de este

testamento ológrafo, sin antes pasar por la declaración de ser formal el mismo. Con la aplicación de esta propuesta, lograríamos erradicar errores y retrasos que hasta la fecha se han cometido dentro del procedimiento en estudio, tales como el rezagarse en la substanciación de las diligencias predeterminadas para el caso concreto; confundir la vía por la que se declara formal un testamento ológrafo con la vía por la que se ha de declarar válido éste; distraer las labores propias de la administración de justicia, para resolver problemas que no debieran existir y son causados por una incorrecta promoción; todo esto originado por la falta de los lineamientos necesarios para promover con calidad y revestir con eficacia jurídica desde el inicio a lo que será en un futuro el elemento base para heredar.

Con el propósito de substanciar este proyecto, establecemos la siguiente Hipótesis de Trabajo.

HIPÓTESIS DE TRABAJO:

ADICIONAR UN SEGUNDO PÁRRAFO AL ARTÍCULO 1561 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, EXPRESANDO QUE LA DECLARACIÓN DE SER FORMAL EL TESTAMENTO OLÓGRAFO DEBERÁ SER TRAMITADA EN JURISDICCIÓN VOLUNTARIA, POR LA QUE EL ÓRGANO JUDICIAL EJERZA LA TUTELA DEL ORDEN JURÍDICO MEDIANTE LA CONSECUENTE VERIFICACIÓN DE LOS REQUISITOS LEGALES ESTABLECIDOS PARA ESTE TIPO DE TESTAMENTO, TRASCENDERÁ EN LA SOCIEDAD COMO UN IMPACTO ECONÓMICO MINORATIVO DE ASPECTOS MATERIALES Y ADMINISTRATIVOS.

Para agotar esta hipótesis, proponemos el siguiente capitulado.

OBJETIVO:

ADICIONAR AL ARTICULO 1561 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL UN SEGUNDO PÁRRAFO, EN EL QUE SE PRECISE EL TRÁMITE PARA DECLARAR FORMAL UN TESTAMENTO OLÓGRAFO, EL CUAL SE PROPONE ESTABLECER EN LA SIGUIENTE FORMA: "ARTICULO 1561. RECIBIDO EL TESTAMENTO, EL JUEZ EXAMINARÁ LA CUBIERTA QUE LO CONTIENE PARA CERCIORARSE DE QUE NO HA SIDO VIOLADA, HARÁ QUE LOS TESTIGOS DE IDENTIFICACION 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 ÉSTE LLENA LOS REQUISITOS MENCIONADOS EN EL ARTÍCULO 1551 Y QUEDA COMPROBADO QUE ES EL MISMO QUE DEPOSITÓ EL TESTADOR, SE DECLARARÁ FORMAL EL TESTAMENTO DE ÉSTE.

LA DECLARACIÓN DE SER FORMAL EL TESTAMENTO A QUE SE REFIERE ESTE CAPÍTULO, DEBERÁ TRAMITARSE EN LA VÍA DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA".

INTRODUCCIÓN

Como obligación de todo estudioso y practicante del Derecho Mexicano, deseamos coadyuvar a enriquecer, modificando nuestra estructura jurídica para su pleno desarrollo en beneficio de las mayorías. Porque nuestro derecho es dinámico y evoluciona con el tiempo para alcanzar su perfeccionamiento, que sólo con el apoyo de todos aquellos que se preocupan por la comunidad en que viven, le retribuyen día con día los beneficios que ha invertido en su preparación; es por eso que nos comprometemos a exponer un proyecto que busca dar las bases de una expectativa de reforma en el Código Civil para el Distrito Federal.

Con la adición de un segundo párrafo al artículo 1561 del Código en mención, se pretende precisar la vía y forma idónea para declarar formal un testamento ológrafo. La Tesis que sustentamos se desarrolla a través del análisis de figuras jurídicas dispuestas de tal manera que asemejan a una cadena, es decir, como están colocados los capítulos, apartados y subapartados, parecieran ser eslabones que permiten el desenvolvimiento de los subsecuentes, ventilándose en ellos información relacionada que al final traerán las conclusiones que pudieren arrojar. En el Capítulo I del presente trabajo, abordaremos uno de los temas base para la elaboración del mismo, el cual se deduce del estudio al Capítulo IV, Título Tercero, Libro Tercero del Código Civil arriba señalado, denominado De las Sucesiones; su análisis nos obliga primeramente a avocarnos al estudio de los Antecedentes Históricos en lo que se refiere a Sucesión "mortis causa" o "por causa de muerte", diferenciándola de aquella que la doctrina

denomina "inter vivos", explorando dos tipos de sucesiones que por causa de muerte determina el legislador, para terminar el Capítulo con el tema dedicado a la Forma de los Testamentos, con lo cual se nos dotará de información suficiente para abordar en el Capítulo II la figura del Testamento Ológrafo.

Testamenti factio non privati sed publici juris est. (El derecho de hacer testamento no es privado sino de orden público.- Papiniano). Evaluaremos el concepto de Testamento Ológrafo, atendiendo a las ventajas y desventajas que reporta esta clase de testamento, lo estudiaremos abordando tanto su declaración de ser formal, como la de ser válido, tal como nos lo señala el Código Civil Vigente para el Distrito Federal; expondremos las diferencias existentes entre una y otra declaración, preparando el terreno para correlacionar lo dispuesto por el artículo 882 con el artículo 790 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

En el Capítulo III se desarrollará el tema de Jurisdicción Voluntaria, conociendo los conceptos que expresa la doctrina, así como la acepción reconocida por el legislador dentro del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, explicando la importancia que tiene en relación con la materia de sucesiones, y en especial con el testamento ológrafo; se expondrá por qué se considera idónea esta figura jurídica para declarar formal un testamento como éste.

Testamentum jure factum usque adeo, valet, donec rumpatur, irritumve fiat. (Un testamento hecho legalmente es válido hasta que se rompe o se hace inútil.- Instituta de Justiniano; Libro II, Tit. XVII). En el Capítulo IV se justificará la necesidad latente de adicionar en el artículo 1561 del Código Civil para el Distrito Federal un segundo párrafo, por el cual se nos permita remitir a

la figura jurídica que en la práctica representa la vía eficaz y correcta a desarrollar y que habrá de culminar con la audiencia a que se refiere dicho artículo. La experiencia adquirida por el trabajo cotidiano desarrollado en un Juzgado adscrito al Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, nos ha dado la certeza de que es necesaria esta adición, en la cual se indique que es a través de la Jurisdicción Voluntaria la vía en la que debe tramitarse la declaración de ser formal el testamento ológrafo, dentro de la audiencia ordenada en el artículo 1561 del Código Civil, ya que ni en el Código Civil, ni en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en cuanto hace a la figura del Testamento Ológrafo, señalan cuáles serán los límites del procedimiento que nos llevarán a declararlo formal; haremos ver la importancia que podría reportar la armonización del procedimiento planteado con el principio de economía procesal, obedeciendo a los factores de cambio reconocidos como conjunto de circunstancias, fenómenos, innovaciones, fuerzas y tendencias sociales que determinan las transformaciones del orden jurídico existente. Si el estilo de vida del hombre, sus costumbres, sus propósitos y sus ideas van sufriendo variaciones con el transcurso el tiempo, inevitables por virtud del progreso social, inevitable es también que el derecho vaya sufriendo los cambios necesarios para conservar su utilidad como instrumento básico de la organización social, evitándose así que se convierta en una antigualla. La reforma del orden legal tiene lugar cuando los cambios sociales acarrear el envejecimiento de algunos aspectos del sistema jurídico, debiéndose imponer el remozamiento del mismo, modificando los textos legales, adicionándolos o creando nuevas leyes especializadas que respondan a los problemas y situaciones no

previstos con anterioridad. La propuesta de adición al artículo 1561 del Código Civil para el Distrito Federal toma como punto de referencia un mandato que no debemos olvidar: Que el derecho es tanto más obedecido, tanto más eficaz, cuanto más se aproxime o adecue a la idiosincrasia, aspiraciones y realidad histórica de la sociedad a la que pretenda regir.

CAPITULO I.

DE LAS SUCESIONES.

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Se plantea este Capítulo en la forma expuesta en el capitulado respectivo, porque consideramos que su objetivo primordial será desarrollar una explicación sucinta de la figura jurídica conocida como Sucesión, así como de los antecedentes históricos que la conforman. Así mismo, se expondrán algunos principios o reglas que rigen esta figura, preparando el camino para estudiar en el apartado 1.2 las diferentes clases de sucesiones previstas en el Código Civil para el Distrito Federal. Siendo parte inherente del apartado 1.2, estudiaremos específicamente el marco jurídico de la sucesión legítima y de la sucesión por testamento en los subapartados 1.2.1 y 1.2.2; hemos querido adaptar en forma diferente de como están ordenadas éstas figuras en el Código Civil, no por arbitrariedad, sino para desenvolver información suficiente y fresca que nos permita identificar con mayor facilidad la forma de los testamentos dentro del subapartado 1.2.3.

Existen dos acepciones para la Sucesión, una amplia y otra restringida; en sentido amplio, y dentro siempre de la esfera de lo jurídico, por sucesión se entiende cualquier cambio meramente subjetivo de una relación de derecho, y en sentido limitado se define como la subrogación de una persona en los bienes y derechos transmisibles dejados a su muerte por otra, por eso se puede decir que la sucesión mortis causa es una especie de sucesión, en la que está comprendida, además de ésta la sucesión inter vivos, que podemos llamar general, de más amplio ámbito que el que tiene la que se produce en caso de muerte del titular de un patrimonio económico. El concepto amplio de sucesión comprende, por lo tanto, la producida por

actos inter vivos (compraventa, donación, permuta, etc.) y la producida por actos mortis causa; en sentido restringido, hace referencia únicamente a estos últimos. Por tanto es el Derecho Sucesorio una parte del Derecho Civil que hace referencia a la sucesión por causa de muerte, como forma particular del fenómeno jurídico de la sucesión, que es, en realidad, la única forma admitida por nuestro sistema legal de sucesión a título universal. El Derecho Sucesorio halla su fundamento racional en la necesidad de que la muerte no rompa las relaciones de quien cesa de existir, ya que la interrupción de tales relaciones repercutiría perjudicialmente en la economía general.

Dejemos para otros la diferenciación y estudio que puede hacerse entre las sucesiones inter vivos y las sucesiones mortis causa y solo avoquémonos al análisis de las sucesiones mortis causa o por causa de muerte, ya que esta figura representa la fuente del conocimiento que necesitaremos para lograr nuestro objetivo como es la defensa de nuestro tema de tesis.

Existen diferentes tipos de sucesión mortis causa; estos se definen por sus efectos en sucesión a título universal y sucesión a título particular, y, por su origen, en sucesión voluntaria, sucesión legal y sucesión mixta. La diferencia entre sucesión universal y sucesión a título singular la consideran los autores más prestigiosos como cualitativa y no como cuantitativa, lo que quiere decir que se distingue por cómo se recibe y no por cuánto se recibe.

Por su origen, la sucesión por causa de muerte puede ser voluntaria, legítima o mixta. La sucesión voluntaria surge de una manifestación expresa del causante, que es el testamento, por lo que se define como sucesión testamentaria; la legítima tiene su origen precisamente en la falta de un testamento válido,

quedando sujeta al orden establecido al efecto por el legislador. La calificación de legítima aplicada a este tipo sucesorio no es completamente satisfactoria, siendo más correcta la que también se le atribuye de sucesión intestada o ab intestato. La sucesión mixta es aquella que se presenta cuando el testador no dispone de la totalidad de sus bienes, dejando otros cuyo destino se resuelve según las reglas del intestato. La legitimación de una sucesión mixta rechaza el principio romano *nemo potest pro parte testatus, pro parte intestatus decedere*, según el cual nadie podría morir en parte testado y en parte intestado. Al respecto el Código Civil vigente dispone que el testador puede disponer de todo o de parte de sus bienes y que aquella de que no disponga quedará regida por los preceptos de la sucesión legítima.

“Juristas y filósofos”, según Rafael De Pina, “han discutido por siglos sobre el fundamento de la sucesión por causa de muerte. Es evidente sin duda, que no han llegado a una conclusión unánimemente aceptada. Las diferentes teorías que se han elaborado en torno al fundamento de la sucesión *mortis causa*, pueden clasificarse en dos grandes grupos, las llamadas negativas y las llamadas positivas. Las negativas, como su propia denominación indica, rechazan la sucesión por causa de muerte en cualquiera de sus especies, basándose, por lo que respecta a la sucesión testamentaria, en que la voluntad humana no debe ser eficaz después de la muerte de quien la expresó en vida, y por lo que toca a la sucesión legítima en que una comunidad de bienes en la familia sólo se concibe por la duración de la misma. Las teorías positivas, o sea, aquellas que defienden el Derecho Sucesorio, son diversas, pues lo fundan en el derecho de la propiedad individual, otras en el derecho de familia y otras, de tipo ecléctico, estiman que el fundamento de

este derecho se encuentra en los institutos de la propiedad y de la familia, armónicamente combinados. Con base en este punto de vista se puede asegurar que el mantenimiento del derecho sucesorio mortis causa no tiene únicamente su fundamento en la tutela del interés individual, sino que también lo tiene en la necesidad de la protección de intereses sociales cuya indefensión produciría resultados igualmente perniciosos para el individuo y para la sociedad; la facultad de transmitir la propiedad, por acto de última voluntad, constituye un aliento para el trabajo y da al propietario la garantía, profundamente tranquilizadora para cualquier persona, de que de éste modo podrá atender, para después de su muerte, a las necesidades de quienes se encuentran ligados a ella por los vínculos del amor y de la sangre, y permite también cumplir debidamente con obligaciones no sólo de tipo jurídico, sino igualmente con deberes de naturaleza moral, que son sagrados para el individuo normal.¹

Algunos autores niegan todo derecho a la sucesión, legítima o testamentaria, como los socialistas, y conceden con cautela al Estado la Legítima, tales en Alemania Pufendorf y Binckershde; antes de la Revolución Francesa, Rousseau; después, Mirabeau, Robespierre, y por último Francisco Dionisio Tronchet (1726-1806), el defensor de Luis XVI; y esto se explica porque las doctrinas que no aceptan el derecho de propiedad, son perfectamente lógicas al no aceptar el de Sucesión. De Ibarrola nos menciona las palabras de Schafle: "ningún socialista contemporáneo puede pedir la supresión de la herencia del mobiliario, libros y objetos de uso personal, lo que pertenece a la colectividad son los medios de producción, que representan la

¹ Pina, Rafael de, *Elementos de Derecho Civil Mexicano. Bienes, Sucesiones.*

cristalización del trabajo no pagado, la plusvalía. Esta es la tendencia del Código Civil Soviético, y que antes tuvo el decreto de 24 de mayo de 1918; a la muerte del propietario se producía entonces una verdadera catástrofe: toda la fortuna, en lo que excediera de diez mil rublos, debía volver al Estado, era esto un bien grave atentando contra las fuerzas económicas. El legislador soviético se inspiró seguramente en la famosa frase de Justiniano: *Quod principem placuit atque constituit legis habet vigorem*, cuanto place al príncipe, o por él es dictado, tiene valor de ley. Fue ésta la fórmula de los legistas de Francia (Pierre Flotte, Guillermo de Nogaret, Enguerrand de Marigny), formados todos en la disciplina del Derecho Romano, y por ende fanáticos servidores del Estado, que florecieron bajo Felipe IV, el Hermoso, a quien debió Francia su Tribunal Supremo o Parlamento. Al operarse el renacimiento del Derecho Romano, que la Iglesia había vuelto a poner de moda, Bolonia se convirtió en la capital de esos estudios. Pero surgió un peligro: mientras que el Derecho Canónico se encuentra fundado sobre las Leyes Divinas y sobre la tradición de la Iglesia, el Derecho Romano entendió siempre bastarse a sí mismo, y no tomó naturalmente nada de la Escritura para fundar su código. Instantáneamente, todos los datos jurídicos de la sociedad dejaban de ser vivificados por la savia del Evangelio... y cuando los juristas entendieron sustituir sus principios, los del Imperio Romano, a aquellos que la cristiandad reputaba tan sólo valederos, resultado de ello violentísima crisis. En Rusia el Decreto de 27 de abril de 1918, publicado en *Izvestia* (Novedades) de ocho de mayo siguiente, suprime el derecho de herencia, tanto ab intestato como por testamento: a la muerte del de cuius sus bienes pasan

a ser propiedad del Estado, como lo dice el artículo primero. El artículo 9º viene a templar la tal medida, dejando los citados diez mil rublos a disposición del cónyuge u otros parientes. Desde ese mismo instante se dieron cuenta los legisladores soviéticos del gravísimo desorden que produciría en la sociedad la aplicación seca y escueta del artículo 1º y, a pesar de ser la herencia producto de una concepción burguesa y capitalista de la vida, tuvieron que atenuar las normas citadas. El 28 de febrero de 1926 y en vista de que, como fruto de la nueva política económica existían ya formadas fortunas mayores de medio millón de rublos, se abolió la limitación del citado artículo 9º “para facilitar la continuación de empresas comerciales e industriales”.²

Señala Antonio de Ibarrola que en la actualidad el Derecho Sucesorio permanece limitado a la esfera patrimonial; pero no siempre fue así. La sucesión en los sacra familiae en Roma formó la clave y el punto de partida del Derecho Sucesorio Romano, en el que la transmisión del patrimonio a los herederos sólo fue un fenómeno accesorio ligado con aquélla. Debemos darnos cuenta que Derecho Sucesorio y propiedad individual son conceptos que se exigen mutuamente. Menciona que para Clemente de Diego la sucesión “es un hecho mediante el cual, al morir una persona, deja a otra la continuación de todos sus deberes y derechos”.³ De aquí que, para que exista la sucesión sean necesarias estas tres condiciones: A) Que haya una relación jurídica transmisible; B) Que ésta continúe existiendo, pero que cambie de sujeto; C) Que esta transmisión tenga lugar

² Ibarrola, Antonio De, Cosas y Sucesiones, Quinta Reimpresión, Editorial Porrúa, México, 2001. Pág. 651.

³ Citado por Antonio De Ibarrola, op. cit., pág. 655.

por un vínculo o lazo que una jurídicamente a transmitente y sucesor.

Nos ilustra Antonio de Ibarrola, al señalar que "la herencia en derecho romano es un conjunto de derechos (res incorporales), un NOMEN JURIS: un patrimonio con todos los bienes que lo componen, su ACTIVO y su PASIVO. Técnicamente la sucesión universal es una modalidad de la adquisitio per universitatem. Es una adquisición en bloque, como unidad, de todos los derechos comprendidos en un patrimonio o hacienda, por medio de un acto jurídico personal producida en un instante y por virtud de un título único. Se transmiten igualmente las deudas; pero el adquirente no responde de ellas en persona, sino con los mismos bienes heredados o, por mejor decir, es la herencia quien responde. Es más que probable que los romanos tomarán esta bellísima y elevada concepción del derecho hereditario griego, en cuanto a que el patrimonio del difunto se mantiene en unidad con sus derechos y obligaciones y como unidad, en bloque, pasa al o a los herederos, es decir, se conserva uno e indiviso. Si hay varios herederos, concursu partes fiunt: el patrimonio se divide en partes ideales o alícuotas y no en porciones reales. Los derechos hereditarios versan siempre sobre el patrimonio en su totalidad, comprendiendo activo y pasivo, bienes, créditos y obligaciones: in universum jus defuncti. Se transmiten las obligaciones, al igual que se transmiten los derechos, como valores patrimoniales independientes, y aun cuando no hubiere activo, en rigor se transmitirían. La sucesión hereditaria universal, así concebida, es antiquísima en el Derecho Romano y peculiar y exclusiva de él, esto es, en el Derecho Romano la herencia es la subrogación en la personalidad patrimonial del difunto. Fue la Ley romana la que

abrió aquí los cauces del progreso, abriendo el triunfo en el Derecho de Pandectas y en los modernos Códigos. El heredero no sólo se subroga en los deberes del culto y hospitalidad, sino en las relaciones patrimoniales. El heredero, se decía, en bien del crédito y de las relaciones jurídicas, CONTINÚA LA PERSONALIDAD DEL DIFUNTO.⁴

El vocablo sucesión proviene del latín: *Sucesio-onis*, que significa entrada o continuación de una persona o cosa en lugar de otra, también significa en el lenguaje común la serie de momentos que unitariamente se presentan, uno tras otro –sin solución de continuidad- hasta producir su culminación. Se habla también de un suceso como de un acontecimiento que se produce en el mundo externo y se utiliza de muchas maneras al referirse a los sucesores, como a aquellos que han continuado una labor, una función o han quedado encargados de una empresa. Dentro de la misma significación, se aprovecha igualmente el vocablo *heredero*, para identificar así al *sucesor*. La *herencia* o *sucesión* es la *hereditas* o *successio in jus* o *successio in locum* y para la nomenclatura de los compiladores *successio per universitatem* o *successio in universum ius*, va a comprender el conjunto de bienes o masa hereditaria que es susceptible de transmisión en razón de la muerte de su autor. A éste –aún en la actualidad- se le identifica como el *de cuius*, que entraña una abreviación de la frase latina *is de cuius successione agitur*, o sea: *aquel de cuya sucesión se trata*.

Sucesión y *herencia* tienen una significación y ambos se utilizan concurrentemente a tener una misma acepción. Sin embargo, se considera que no obstante esa conjugación general, pudieran especificarse de la siguiente manera: *sucesión* es el proceso

⁴ Ibarrola, Antonio De, op. cit., pág. 658.

mediante el cual se realiza la sustitución en la titularidad del patrimonio del que ha fallecido. *Herencia* comprenderá la masa de bienes que va a ser objeto de la transmisión.⁵

Expuesto lo anterior, ahora se puede encontrar el antecedente que muestra la organización jurídica inicial del pueblo romano, en un momento de su desarrollo en el cual ya es indispensable objetivar las fórmulas jurídicas consuetudinarias que se vienen creando como consecuencia de las relaciones humanas. Así resultan plasmadas por escrito sus normas en ese gran acontecimiento histórico que es la Ley de las XII Tablas, que los historiadores ubican cronológicamente hacia el año 451 a. C. Como aquel en que los Decenviros (miembros de un colegio de diez magistrados, cuyas funciones variaron según las épocas) compusieron diez tablas de leyes que fueron puestas a la consideración pública y sancionadas por los comicios centuriados. El mismo grupo –considerando que su labor no había obtenido una expresión completa–, las amplió confeccionando dos tablas adicionales con las que se acrecentó el cuerpo normativo de referencia.⁶ En la Tabla V se preceptúa sobre “*de las herencias y de las tutelas*” (*De Hereditatibus at Tutelis*). Las reglas específicas son las siguientes:

3. Lo que el difunto hubiera dispuesto en su testamento acerca de sus bienes y sobre la tutela de los suyos, sea tenido por derecho.
4. Si muere intestado el que carece de un heredero forzoso, tenga la herencia el agnado más próximo.
5. Si no hay agnado tengan la herencia los gentiles.

⁵ Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo V, *Derecho Sucesorio*, Primera Edición, Editorial Porrúa, México, 1990, pág. 4.

⁶ Magallón Ibarra, Jorge Mario cita a Luis Alberto Peña Guzmán y Luis Rodolfo Argüello, *Derecho Romano*, Volúmen I, op. cit., pág. 4. y 5.

6. Disposición que consagra que los agnados y los gentiles son tutores legítimos, a falta de tutor testamentario. (Agnado: descendiente de un mismo tronco masculino, de varón a varón; agnación: parentesco legítimo, en la época romana).

...

9. Disposición que consagra que si son varios los herederos llamados, las deudas y los créditos deben dividirse de pleno derecho en proporción a las partes hereditarias.

En la Tabla XII se reglamenta:

3. Disposición que establece que las últimas leyes del pueblo derogan a las anteriores.

El examen de los textos transcritos nos permite verificar que en la Tabla V se establece un Derecho Sucesorio en el que se reconocen los dos procesos que aún subsisten en nuestro sistema: *el testamentario* y *el ab intestato*. El primero opera en razón de que el autor elabora *su testamento*. Verifíquese que la etimología de éste vocablo se integra con la concurrencia de dos voces latinas *testatio* testimonio y *mentis*: voluntad. Este origen abre el Título X del Libro II de la Instituta de Justiniano, en el que enuncia De las Formalidades de los Testamentos. Con ese testimonio se acredita la voluntad de quien lo elabora. Así dispone de manera autónoma de sus bienes seleccionando al heredero. En el segundo, a falta de disposición del causante, la ley suple tal ausencia, llamando oficiosamente a los parientes agnaticios o civiles más próximos para sucederlo. Es indudable que los términos de la Tabla XII contiene disposiciones complementarias, entre ellas, la 3 que transcribimos, en la que se consagra el principio de la derogabilidad de las leyes por la sanción de una ley posterior.⁷

⁷ Ibid., pág. 5.

De las características singulares que se registran en el Derecho Sucesorio de Roma, aparecen las siguientes:

- a) Necesidad de la "Institución de Heredero" como un reemplazo de la jefatura política y religiosa.
- b) Concreción de la herencia a los herederos testamentarios.
- c) Necesidad de tener el *nomen iuris* para identificar al heredero *designatio*.
- d) El heredero es responsable de las deudas y obligaciones contraídas por el causante. Opera la subrogación.
- e) No hay separación de bienes entre los que correspondían al de cujus con los del heredero. La *hereditas* es una masa patrimonial única. Es un *universum ius*.⁸

En el sistema germánico no aparece la figura jerárquica del paterfamilias, puesto que el grupo familiar estaba excluido, dado que el vecino tenía una señalada preferencia sobre todos para adquirir la herencia; pero en el siglo VI, -como lo afirma Calixto Valverde y Valverde atribuyéndolo a Giercke- se ordenó por Chilperico que el hijo y el hermano tuvieran preferencia sobre el vecino. Ese fue el inicio de la sucesión familiar, de lo que resultó el carácter forzoso de la herencia. Sin embargo la única sucesión germana era la intestada, pues los testamentos fueron conocidos más tarde y merced a la influencia romana y de la Iglesia.⁹

Otra de las características singulares de este sistema es que en él domina el pensamiento de la copropiedad. En sus fórmulas:

⁸ Magallón Ibarra, Jorge Mario, cita a Federico Puig Peña, Teoría General de las Sucesiones, Cuarta Edición, Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1954, op. cit., pág. 9.

⁹ Magallón Ibarra, Jorge Mario, cita a Calixto Valverde y Valverde, Tratado de Derecho Civil Español, Derecho de Sucesiones Mortis Causa, 3ª. Edición, Talleres Tipográficos "Cuesta", Valladolid, págs. 1 a 31, op. cit., pág. 10.

- a) No hay necesidad de nombrar heredero. El de *cujus* no tiene potestad para asignar de modo exclusivo a una persona determinada. No hay heredero testamentario sino la ley reconoce lo que la naturaleza otorga, el testador solo puede designar legatarios.
- b) Sólo son herederos *ipso iure* los legítimos.
- c) El heredero adquiere todo el patrimonio; la *adquisitio* incluye sus gravámenes. No hay necesidad del beneficio del inventario.

El maestro madrileño Felipe Clemente de Diego tenía presente que la muerte no extingue el mundo de las relaciones jurídicas; señalando que José Castán Tobeñas apreciaba –por eso- que era menester perpetuar los patrimonios más allá de los límites de la vida humana. En razón de esa apreciación, nos reitera – con otra perspectiva- los principios que predominan en el derecho germano: "Preferencia absoluta de sucesión legítima, - única conocida por mucho tiempo-, fundada en la copropiedad familiar, que se prolongó muchos años; distinción de bienes en propios y adquiridos; exclusión de ascendientes y diferencias por razón de sexo; atribución de bienes según las líneas de donde procedían; los principios de masculinidad, primogenitura y de troncalidad en consecuencia; aceptación tardía del testamento, en el que se podía nombrar legatarios, ya universales, ya singulares, porque los herederos sólo los hace Dios; transmisión *ex jure* de herencia desde la muerte del testador; tendencia a la responsabilidad limitada del heredero considerando las deudas como cargas del patrimonio hereditario."¹⁰

El mismo De Diego al examinar el panorama histórico de las normas imperativas que venían sucediéndose, encontraba que

las fórmulas básicas del Derecho Canónico mucho influyeron en la Edad Media, favoreciendo la facultad de testar, simplificando las formas de los testamentos y velando por su ejecución, exaltando los vínculos de la sangre.

Como el pueblo godo fue el más romanizado de todos los bárbaros, nada tiene de particular que en su legislación sobre sucesiones sea muy sensible el influjo del Derecho Romano, generalmente antijustiniano. La libertad de testar, sancionada al principio, fue substituida en tiempo de Chindasvinto por el sistema de legítimas y de mejoras; se aumentan formas de testamento, aludiéndose al ológrafo. Los llamamientos en la sucesión ab intestato llegan al séptimo grado y hay algún rasgo de troncalidad. En la ulterior Edad Media española es más visible la lucha entre el elemento germano y el romano, en el derecho sucesorio como en otras instituciones civiles. El Derecho propiamente nacional se manifiesta en los Fueros municipales y nobiliarios con marcada orientación al Derecho Germano y tomando como idea inspiradora la de fomentar la población y exaltar el principio familiar, y de aquí lo reducida y limitada que estaba la facultad de testar, el llamamiento en la sucesión intestada a los hijos de concubina o barragana en defecto de hijos legítimos, la admisión de la troncalidad y algún pequeño rasgo de primogenitura. En el Fuero Real predomina también, aunque no a la exclusiva, el Derecho Germano. El Ordenamiento de Alcalá se basa en espíritu de transacción y en sucesiones se aparta del romano derogando la incompatibilidad de 'as dos sucesiones, testada e intestada, y la necesidad de la institución de heredero y la institución de éste para la validez del testamento. En las Leyes de Toro se contiene un cuaderno de

¹⁰ Magallón Ibarra, Jorge Mario, cita a Felipe Clemente de Diego, *Instituciones*

reglas importante sobre solemnidades de los testamentos, testamentificación activa reconocida a los hijos de familia mayores de doce y catorce años, legítima de ascendientes, reservas, mejoras y mayorazgos.

Por lo analizado anteriormente, Magallón Ibarra plantea dos características primarias que participan del Derecho Sucesorio, estas son:

1º. La Sucesión y todo el Derecho Hereditario gira alrededor del concepto de la muerte de su autor, esto es, la *muerte es su causa (mortis causa)*. No puede operar ninguna transmisión sino es en función del fallecimiento del titular del patrimonio. Ello entraña que está descartada la idea de que pueda existir *inter vivos* y permite recordar que en principio no subsiste la capacidad más allá de la vida del sujeto; planteando su fallecimiento la continuidad de ciertas consecuencias patrimoniales de su personalidad. Es obvio que la extinción de la vida conlleva la desaparición de la capacidad; sin embargo, en materia patrimonial es indispensable determinar la operabilidad de su transmisión.

Debe reiterarse que en el Derecho Sucesorio la muerte —como extinción de la personalidad jurídica— es el fenómeno básico que determina la posibilidad de la transmisión hereditaria. De todo ello resulta —a la vez— que dentro de ese orden normativo se encuentran fórmulas que permiten adquirir derechos patrimoniales.

2º. El derecho a suceder es esencialmente *gratuito*. El incremento patrimonial que experimenta el heredero no tiene como correlativo el poder obtener una compensación, tenida

cuenta de que ya se ha fallecido. No puede haber pues contraprestación posible.

Teniendo presente que la Comisión que proyectó el Código Civil de 1870, para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California había expresado con toda sinceridad que había concluido su trabajo, pero que ni el proyecto ni las exposiciones eran obras perfectas. Honestamente le atribuyeron a su labor el que debía considerarse como un ensayo de legislación civil, que los jurisconsultos venideros perfeccionarían, cuando la experiencia hubiere demostrado los muchos defectos que indudablemente contenía. A la vez, se atribuía a los índices que relataba el simple carácter de indicaciones de algunos fundamentos en los que se había apoyado, para introducir principios nuevos o reformar los que entonces regían; protestando haber procedido con el más asiduo empeño, la más completa buena fe y el deseo sincero de contribuir al bien de sus conciudadanos. Dentro de ese espíritu, al relatar los principios rectores del Derecho Sucesorio, la Comisión redactora se hizo solidaria de la doctrina que atribuía a los herederos la *representación* del autor de la sucesión. Así advierte que cuando no hay herederos forzosos puede el testador nombrar herederos en parte de sus bienes y dejar además algunos legados, cuyo importe quizá iguale o exceda al de la herencia; estimando necesario disponer quien en todo caso represente la persona del difunto. Por ello, su artículo 3367 declara que el heredero representa a la persona del autor de la herencia. El dispositivo subsecuente, -anticipándose al caso de que no haya heredero instituido y solo legatarios resuelve que cuando toda la herencia se distribuya en legados, sin disponer del resto, es *representante* del difunto *el heredero legítimo*. Existe rechazo a esta posición doctrinal, pues para que

podiera existir la representación, indudablemente que sería indispensable que viviera quien la había otorgado, de manera que en su caso, pudiera revocarla o –en su caso- confirmarla y también en ampliarla. Sin embargo ello no es posible, tenida cuenta que la sucesión es básicamente *mortis causa* y, por tanto, no puede darse el fenómeno jurídico de la representación. Otro aspecto importante que la legislación de 1870 trataba fue el tema relativo a la falta de certeza del momento preciso en el que había operado la muerte de diversas personas de las cuales una o varias pudieran ser sucesoras de otra o de otras. Ese punto es el que la Doctrina y la Ley llama el de los *comurientes*. Ese criterio es el que infunde la inspiración del legislador del siglo pasado. En efecto, su artículo 3370 anticipa que si el autor de la herencia y sus herederos o legatarios perecieren en el mismo desastre o en el mismo día, sin que se pudiera averiguar quienes murieron antes, se tendrían *todos por muertos al mismo tiempo* y no habría lugar entre ellos a la transmisión de la herencia o legado. Para integrar ese precepto, la Comisión estimó que era una cuestión sumamente grave que se había resuelto de distintos modos en los códigos, estableciéndose para ello reglas tomadas del sexo y de la edad, amén de otras circunstancias físicas, para calcular quién había muerto primero, de manera que pudiera establecerse la línea de la sucesión. Sin embargo, apreciaba que dichas reglas que se fundaban en cálculos de probabilidades, resultantes de la mayor o menor fuerza de la persona, y en apreciaciones sobre su factible resistencia física ante la presencia de una inevitable desgracia, pudieran abrir una ancha puerta que propiciara conflictos de mayor dimensión. De ahí que siguiendo la línea de menor resistencia, apreciara que era más acertada la tesis de la

comurencia, que impedía la transmisión de derechos; dejando a salvo la prueba de los hechos precisos, puesto que aún cuando el caso no era frecuente, sí podía presentarse la evidencia de la prioridad de la muerte que fuere suficiente en el terreno jurídico.

Como fórmula singular que caracteriza la primera de las legislaciones civiles para el Distrito Federal en el siglo pasado, aparece la llamada *legítima*, que en los términos de su artículo 3460 era la porción de bienes destinada por la ley a los herederos en línea recta, ascendientes o descendientes, que por esa razón eran llamados *forzosos*; agregándose en el artículo 3461 que el testador no podía privar a sus herederos de dicha *legítima*, sino en los casos expresamente designados en la Ley; especificándose que no admitía gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie.¹¹

Regresando a las figuras básicas del Derecho Sucesorio y en especial a la de la sucesión mortis causa, el testamento implica todo un análisis, y para su estudio es necesario remontarnos en la noche de los tiempos, hallando su origen, tanto del romano como del griego y del germánico, en la adopción, recurso jurídico al que se acudió para imitar la herencia del hijo. La adopción - filiación jurídica- se comunica por su naturaleza a todo el patrimonio del adoptante.

Como principales definiciones de testamento, tenemos: A) La de MODESTINO: Testamentum est voluntatis nostrae justa sententia, de eo quod quis post mortem suam, fieri velit (Dig. Lib. XXVIII, t.º 1º, ley 1ª). Una justa disposición, decisión de nuestra voluntad de aquello que alguien desea que sea hecho después de su muerte. B) La de ULPIANO (Regla. XX, 1) ...est mentis nostrae justa contestatio, in id solemniter facta, ut post

¹¹ Magallón Ibarra, Jorge Mario, op. cit., págs. 17-20.

mortem nostram valeat. Una afirmación justa de nuestra mente, hecha en forma solemne para que valga después de la muerte. El Código de 1884 definía el testamento en su artículo 3,237: "acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos". Extraordinariamente estrecha es la definición: el artículo se tomó del artículo 1739 del Código Portugués y del artículo 662 del proyecto español de 1882. No tuvo en cuenta que muchas veces en el testamento se hacen revelaciones de paternidad, se reconocen deudas, se expresan datos de toda especie que hacen del testamento inclusive un documento que tuvo un valor histórico importantísimo e insustituible para las épocas anteriores a los registros parroquiales. Comparemos con el artículo 895 del Código de Napoleón que define el testamento como "un acto revocable, por medio del cual el testador dispone, para el tiempo en que ya no exista, de todos sus bienes o de parte de ellos". Actualmente el artículo 1295 del Código Civil para el Distrito Federal lo define como "el acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte". Falta a la definición hacer resaltar el carácter de UNILATERAL, que tiene el acto. Además, en vez de LIBRE, debía poner AUTÓNOMO: El testador no necesita autorización de nadie. Si se pone LIBRE, la palabra no hace resaltar ningún elemento nuevo en la definición, ya que todo acto o contrato necesariamente deben serlo. Para BONNECASE el testamento es un acto jurídico SOLEMNE cuyo propósito es dar a conocer por parte de su autor, su voluntad para la época que seguirá a su fallecimiento, tanto desde el punto de vista pecuniario como extrapecuniario; es esencialmente revocable; en él el testador a

nada se obliga; no es necesario que englobe todos los bienes del difunto; surte efectos únicamente en caso de MUERTE, MORTIS CAUSA: entre tanto, al heredero sólo le confiere una expectativa de derecho.

De hecho, estos cuatro principios son indiscutibles. Empero agregaríamos que no es un contrato: en él no hay acuerdo de voluntades, el testador nombra a quien quiere y el heredero acepta o no. Además, el testamento es UNILATERAL (art. 1296 mismo Código). Se ve que en el testamento la transmisión es gratuita, resalta ese carácter; por eso el artículo 893 del Código Napoleónico dice que "solo hay dos maneras de disponer de los bienes a título gratuito: la donación entre vivos y el testamento: la una es contractual, la otra unilateral. No puede desempeñarse por PROCURADOR (art. 3238). Antes sí podía serlo. Antiguamente el testamento por comisario era otorgado por una persona (comisario) a nombre de otra y en virtud del poder que se le confería por ésta. Fue introducido por el FUERO DE SORIA, reproducido en el REAL y reglamentado por las Leyes de TORO: al comisario se le podrían fijar de antemano sus facultades. Al lado de los requisitos formales necesita la declaración de voluntad para satisfacer ciertas exigencias materiales. Debe ser siempre una declaración de voluntad personalísima, en el sentido de que sólo puede ser otorgada por el testador personalmente; lo cual no significa, como es natural, que estén excluidos del proceso de su confección el consejo y la ayuda de personas extrañas. Empero, esto es solamente una preparación al acto de testar, en el cual incluso toda representación queda excluida. Además, la última voluntad, según el pensamiento de la ley, debe ser también independiente en el sentido de que su validez y su contenido, no pueden ser

hechos depender del arbitrio de un extraño; por consiguiente, no es lícito al testador declarar que pueda decidir otra persona si su disposición debe o no ser válida, o dejar a un tercero la determinación de quien deba ser favorecido con una disposición o de que objeto deba atribuirse al favorecido. He aquí una prescripción que tiene su origen en la concepción romana del testador como soberano legislador, y que, de hecho, hoy es justificada por el pensamiento de que, cuando una persona no haya tomado una decisión personal definitiva sobre el destino de su patrimonio y sus relaciones después de su muerte, no puede dejar sin vigor el ordenamiento sucesorio legal de estas relaciones. Nuestra legislación vigente rechaza naturalmente el testamento por comisario. Nuestro artículo 1295 dice 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." Le sirven de temperamento los artículos 1298 y 1299 del mismo ordenamiento legal. Es un acto esencialmente INDIVIDUAL. "No pueden testar en el mismo acto dos o más personas, ya en provecho recíproco, ya a favor de un tercero" (art. 1296 del Código Civil). Antiguamente el testamento MUTUO o MANCOMUNADO era otorgado casi siempre por los cónyuges en recíproco favor "para favorecer la armonía y la confianza y para evitar gastos a éstos". Esto se prestaba a la falacia y al engaño, sin que el engañador sufriera perjuicio alguno, ni se expusiera en lo más mínimo. En la legislación alemana, que lo admite, el testamento mancomunado puede consistir en que ambos cónyuges recíprocamente se favorezcan con sus disposiciones (testamentum reciprocum), dependiendo unas disposiciones de las otras, y acarreado la decadencia de una la

de las otras (*testamentum correspectivum*); empero, no debe consistir necesariamente en esto. La mancomunidad en sí se refiere sólo a la forma (*testamentum simultaneum*). Por consiguiente, este testamento en tal forma puede contener todas las declaraciones de voluntad que sean concebibles como disposiciones de última voluntad. Su mecanismo, especialmente en cuanto a disposiciones que favorecen a tercero, y en cuanto a la posibilidad de su revocación, es complicado.¹²

Con relación a las clases de los testamentos en nuestro derecho antiguo, se menciona que estos se dividían en dos clases: solemnes y privilegiados, guardando los primeros todas las formalidades de la ley, y siendo válidos los segundos por la misma ley; aunque sin tales requisitos, debido a las circunstancias especiales en que se otorgaban, como el de los militares en campaña. El solemne podía ser nuncupativo o abierto, y escrito o cerrado. Todo testamento ordinario en nuestro derecho, se hace por escrito. No se conoce ya el testamento verbal o nuncupativo, que antaño se practicaba, y que fue prohibido en Francia por la Ordenanza de 1735, artículo 1º. No comprende este problema el diverso de probar por testigos el contenido y la destrucción de un testamento. En el terremoto de 19 de septiembre de 1985, a uno de nuestros Juzgados Familiares le ocurrió que el original y el duplicado de un testamento ológrafo quedaran destruidos junto con todo el expediente. El Juez, asesorado por su colega el jurista Eloy Bucio Vargas, no tuvo más remedio que abrir el intestado. Originariamente, el derecho civil romano sólo reconocía una forma de testar, la del *testamentum publicum*, otorgado ante los comicios, acaso porque la institución de heredero empieza

¹² Ibarrola, Antonio De, op. cit., págs. 683-686.

siendo una especie de adopción atenuada, prueba inequívoca de esto nos la ofrecen las investigaciones de Derecho comparado: la adopción para caso de muerte, como forma primitiva y precedente de la institución de heredero, se presenta en el antiguo Derecho Griego y en el Germánico y en el primitivo Derecho Babilónico. Las Doce Tablas presuponen la existencia del Testamento Comicial, que implica la autorización del *populus romanus*; al no reconocerse la libertad de testar, al no poderse privar de la herencia al heredero nato por un simple acto privado, se necesita ante el pueblo de una *lex specialis*, que revista de una fuerza ejecutiva la declaración. Sólo hasta mucho después de las Doce Tablas aparece el testamento privado en forma *mancipatoria testamentum per aes et libram*: se reconoce la libertad testamentaria, se reconoce entonces la idea de la propiedad privada individualista.

No nos habla ya el actual Código Civil de los CODICILOS ni de las MEMORIAS TESTAMENTARIAS. Las admitía el Código de 1884. Artículo 3462: "Es nula la institución de heredero hecha en memorias o comunicados secretos." Artículo 3463: "Los legados podrán dejarse por esos medios; pero el heredero o la persona a quien el testador haya dejado expresamente encargado de cumplirlos, esta obligado a revelarlos al juez de la testamentaria y al Ministerio Público, con la reserva debida y antes de que se aprueben los inventarios, para que así pueda saberse si son contrarios a las leyes." En derecho romano la modificación del testamento debía hacerse en un testamento nuevo porque el testamento no puede otorgarse en varias ocasiones o en momentos distintos. Las disposiciones testamentarias son inseparables unas de otras y deben ser agrupadas "*uno contextu*", concentradas en un solo acto, que es la regla de la

continuidad del acto jurídico. El que quería cambiar una disposición testamentaria, tenía que adjuntar al testamento ("Tabulae testamenti") un pequeño escrito: "codicillus", que no ligaba al heredero sino que apelaba a su conciencia y buena fe. En Roma CODEX era la voluntad SOLEMNE y el diminutivo CODICILLUS expresaba la voluntad menos solemne. Lucio Lentulo fue el inventor del Codicilo. Ya para morir, en Africa, hizo a Augusto varios encargos que este cumplió de acuerdo a los consejos del Jurisconsulto TREBACIO. Dice la ley 1ª., título XII, Partida Sexta que son: "una manera de escritos pequeños que hacen los omes después que han hecho sus testamentos, para crecer o menguar o mudar algunas de las mandas que habían fecho en ellos." Históricamente tenemos el codicilo del testamento de Isabel la Católica, hecho el día anterior a su fallecimiento ocurrido el veinticuatro de noviembre de mil quinientos veinticuatro, en el Castillo de la Mota de Medina del Campo, fue la última prueba de la inteligencia de esta admirable mujer: "... que se tratase a los naturales del Nuevo Mundo en forma tal que no recibiesen agravio ni en sus personas ni en sus bienes". El testamento en Roma no podía servir al fin de disponer mortis causa a título singular, sin nombrar además un heredero, y por eso se desarrolló a su lado un ulterior negocio jurídico por causa de muerte que requería menos formalidades: el codicilo. Con la recepción del derecho romano, el germánico recibió igualmente el concepto del testamento, pero sin que la distinción entre este y el codicilo pudiera penetrar en la conciencia popular germana; por codicilo solía esta entender las modificaciones y adiciones posteriores a la última voluntad manifestada en un testamento. Suprimió en esta forma el Código Civil Alemán posteriormente la distinción entre ambos negocios

jurídicos. LAS MEMORIAS TESTAMENTARIAS, muy parecidas en su estructura a los testamentos ológrafos actuales, modificaban un testamento o lo aclaraban. Eran en resumen un testamento *per relationem*. Podía el testador, en alguna cláusula, remitirse a algún escrito simple, ordenando se tuviera como parte de su testamento, y a ese escrito se le llamaba *memoria testamentaria*: en ella antiguamente podía declararse el nombre del heredero instituido en el testamento o en poder para testar, y las condiciones o gravámenes que se anunciaron, pero que no se expresaron en esos documentos. La memoria tenía que estar escrita por el testador y citarse en el testamento. Se entiende por esta, al escrito autógrafo del testador o por lo menos firmado por él y que complementa un testamento anterior. En el antiguo derecho español valían como codicilos cuando se referían a dinero que no excediera de la vigésima parte del caudal relicto. Se utilizaba para distribuir ropas, muebles y recuerdos de familia, sobre los que ordinariamente la voluntad es muy cambiante. Ninguna de estas dos formas tiene eficacia en nuestro derecho vigente, ni aún cuando se trate de bienes de poca importancia. Actualmente dispone el artículo 1484 del Código Civil que es nula la institución de heredero o legatario hecha en memorias o comunicados secretos. Quedan actualmente en la legislación mexicana algunas especies de testamentos sencillísimos, por medio de los cuales puede disponer el testador de determinados bienes, tal es el PLIEGO DE MORTAJA en el seguro del maestro; el testamento en el derecho agrario. Algunos de estos testamentos son mas bien designaciones de beneficiarios, de un seguro especial (ver Diario Oficial, 9 de enero de 1942 y Gacetas del Distrito Federal 10 de agosto de 1956 y 1º de noviembre de 1973 en relación con la

Caja de Previsión de la Policía del Distrito Federal.). Tengamos en cuenta que si un ejidatario, en los términos del artículo 162 del Código Agrario de 1942 designaba persona para sucederle por causa de muerte en sus derechos ejidales, lo cual se hacía constar ante la comunidad agraria respectiva, quedaban excluidas las acciones civiles, para pretender heredar legítimamente tales derechos por parte de otras personas, ya que la disposición agraria hacia las veces de manifestación testamentaria (fracciones VII, X y XI artículo 27 Constitucional)¹³. La extinta Ley General de Instituciones de Crédito reguló así mismo una forma sencilla y especial de disposición por causa de muerte al establecer en el tercer párrafo de su artículo 117 lo que sigue: "las cuentas de cheques cuyos saldos no excedan de \$5,000.00 a la muerte del depositante, gozaran de la exención que establece el primer párrafo de este artículo (la de toda clase de impuestos y de pensión de herencia tanto en la federación como en los Estados, en el Distrito y Territorios Federales y en los Municipios), siempre que no exista algún otro bien transmisible por herencia que, solo o sumado al saldo respectivo, sea objeto del impuesto o pensión hereditaria. Estos saldos podrán ser entregados a las personas que hubieren sido designados como beneficiarias por el cuentahabiente, en la forma prevista en la parte final del párrafo anterior, en cuyo caso la Institución depositaria comunicará a la Secretaria de Hacienda y Crédito Público, por conducto de la Comisión Nacional Bancaria, el nombre de la persona fallecida, el de la que haya recibido el saldo, y su importe, dentro de los diez días siguientes

¹³ Cabe señalar que por respeto a la redacción del maestro De Ibarrola no alteramos la misma, pero sí debemos aclarar que del artículo 27 Constitucional se deroga la fracción X a la XIV, por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 6 de enero de 1992.

a la fecha de la entrega". La antigua Ley Federal del Trabajo establecía una forma sencilla para transmitir a los familiares del trabajador las acciones en reclamación de prestaciones pendientes (ver su artículo 297, adicionado conforme a publicación D.O. 31 dic. 1956). Actualmente, el artículo 115 de la Ley en referencia, establece que los beneficiarios del trabajador fallecido tendrán derecho a percibir las prestaciones e indemnizaciones pendientes de cubrirse, ejercitar las acciones y continuar los juicios, sin necesidad de juicio sucesorio.¹⁴

¹⁴Ibarrola, Antonio De, op. cit., págs. 697-701.

1.2 SUCESIONES EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

La doctrina ha señalado algunos principios o reglas que rigen la sucesión, Miguel Acosta Romero siguiendo a José Arce y Cervantes determina los siguientes:

- I. Como el heredero sucede al titular desaparecido, es decir, lo sustituye o lo sub-entra en el lugar que éste ocupaba no puede haber solución de continuidad entre el titular faltante y el sucesor porque nunca puede quedarse un patrimonio sin titular, aún cuando el nuevo titular, por de pronto, no pueda ser determinado, porque si en la herencia hay bienes, siempre habrá un heredero.
- II. Por la misma razón, la calidad de heredero del sucesor no puede ser condicionada ni temporal y de ahí la máxima *semel heres semper heres* (una vez heredero, siempre heredero).
- III. La unidad que presenta el patrimonio hereditario, es decir, la cohesión que tienen entre sí los elementos que lo componen, no se disgrega aunque haya varios herederos, porque éste hecho implica sólo la participación de varias personas en esa unidad ya que la parte de cada heredero es cualitativamente igual a la de los demás herederos, aunque pueda ser cuantitativamente diferente que la de otros.
- IV. En principio, todos los derechos y obligaciones y la posesión se transmiten tal y como los tenía el autor de la sucesión, sin modificación, porque se busca que las relaciones no se interrumpan ni se modifiquen por el hecho de la muerte. Sin embargo, por ciertas circunstancias relativas a las personas o a los bienes y

derechos, se tienen que hacer excepciones. He aquí algunas:

- a) El crédito del acreedor solidario se vuelve mancomunado en sus herederos;
 - b) Al heredero o legatario extranjero que adquiere derechos cuya adquisición estuviere prohibida a extranjeros, se le concede permiso para adquirirlos, con la condición de que los transmita a persona capaz dentro de los cinco años;
 - c) Si hay varios herederos del deudor solidario que muere, cada uno de aquéllos responde de la deuda en proporción a su haber hereditario, salvo que la obligación sea indivisible;
 - d) Al heredero de una concesión minera que no reúna los requisitos de concesionario, se le concede que inscriba provisionalmente su adquisición para que en el plazo de un año la transmita a persona capaz y el heredero que por la herencia resulte concesionario de superficie que exceda de la permitida, deberá presentar solicitud de reducción o transmitir los derechos sobre los terrenos sobrantes.
- V. Así como el autor de la sucesión respondía de sus obligaciones con todos sus bienes, su patrimonio hereditario sigue afectado a la responsabilidad de las mismas deudas, por lo que la sucesión del de cujus, en cuanto representa ese patrimonio, puede entrar en concurso o ser declarada en quiebra.
- VI. La sucesión va a producir la fusión del patrimonio neto que dejó el autor de la sucesión con el patrimonio del

heredero, aún cuando el proceso sucesorio y el beneficio de inventario impidan temporalmente esa confusión para ciertos efectos. Asimismo, antes de esa fusión deberá procederse a la liquidación de la herencia.¹⁵

Para conocer mejor las sucesiones en el Código Civil para el Distrito Federal, Acosta Romero siguiendo a Rafael De Pina establece que los elementos de la sucesión son de tres clases: personales, reales y causales:

- a) El elemento personal o subjetivo está representado por el causante o testador y por el causahabiente o sucesor, que puede ser heredero o legatario.

Algunos autores hablan a este respecto de una relación sucesoria, pero no debe dársele a esta expresión un sentido que no tiene, porque la relación jurídica entre el muerto y el sucesor es una relación exclusivamente causal o sucesoria, es decir, justificativa de la adquisición de titularidades por parte del segundo, y no puede ser, en ningún caso, relación de derechos y pretensiones y deberes u obligaciones reciprocas entre el causante y el causahabiente, por la sencilla razón de que ambos, en cuanto tales y con ese carácter, no llegan a coexistir, ni un solo minuto, pues mientras un sujeto vive queda excluida por definición su sucesión mortis causa y cuando ésta se abre, el causante ha muerto, añadiéndose que los derechos y deberes del sucesor dimanar y proceden del muerto, pero son derechos frente a otras personas vivas y deberes para con otras personas vivas; son derechos absolutos, es decir, invocables frente a cualquiera que intente impedir o desconocer la continuación por

¹⁵ Acosta Romero, Miguel, Laura Alejandra Martínez Arroyo, María Eugenia Muñoz Islas, José Antonio Almazán Alaniz, Código Civil para el Distrito Federal Comentado, Volumen III, Segunda Edición Actualizada, Editorial Porrúa, México, 2002, cita a Jose Arce y Cervantes, De las Sucesiones. 3ª. Ed., Editorial Porrúa, México, 1992, págs. 6-11, págs. 4 y 5.

el sucesor de las titularidades del difunto, y deberes para con personas que tenían derechos contra el muerto o que también han recibido mortis causa los correlativos derechos.

- b) El elemento objetivo o real, siguiendo a De Pina, está constituido por el conjunto de las titularidades pertenecientes al causante y que no se extinguen por su muerte. El elemento objetivo de la sucesión mortis causa se concreta pues, en el conjunto de los bienes, derechos y obligaciones del difunto que no se extinguen por su muerte.
- c) El elemento causal de la sucesión mortis causa es la declaración o vocación, que significa el llamamiento a suceder u ofrecimiento de la sucesión a la persona con derecho a ella, por la voluntad expresa del testador (delación testamentaria) o por la voluntad presunta del causante (delación legítima).¹⁶

Para José Arce y Cervantes los elementos de la sucesión son:

- I. Relaciones transmisibles; II. Persona que transmite (causante, autor de la sucesión); III. El que recibe la relación (causahabiente, sucesor, heredero); IV. Vocación o llamada a herencia. A continuación Acosta Romero analiza conforme al autor citado en síntesis cada uno de los elementos.¹⁷

- I. Relaciones transmisibles.

El artículo 1281 del Código Civil para el Distrito Federal señala que la herencia es la transmisión de todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte. En consecuencia, se

¹⁶ Acosta Romero, Miguel, cita a Rafael De Pina, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Bienes y Sucesiones, 10^ª. Ed., Editorial Porrúa, México, 1984, págs. 256-257, op. cit., pág. 6.

¹⁷ Acosta Romero, Miguel, cita a Jose Arce y Cervantes, De las Sucesiones, 3^ª. Ed., Editorial Porrúa, México, 1992, págs. 11-28, op. cit., pág. 7-13.

debe determinar cuáles derechos y obligaciones no se extinguen por la muerte y pasan, por ende, al sucesor como titular de esos derechos.

A. Se transmiten por herencia.

- a) Todos los derechos reales de que era titular el causante, salvo aquellos que nacen de una desmembración de la propiedad que deba cesar a la muerte, como el usufructo, el uso y la habitación, cuya duración por ser vitalicios, termina con el fallecimiento de su titular.
- b) Todas las relaciones surgidas del derecho de crédito en su carácter activo (acreedor) o en su carácter pasivo (deudor), siempre que no se extingan por la muerte. Aquí quedan comprendidos los derechos de recibir una prestación y la obligación de pagar las que ya hubiesen nacido en cabeza y en vida del autor y que, a su muerte, hubiesen quedado aún incumplidas.
- c) La posesión que ejercía el autor sobre alguna cosa o bien, porque así como los terceros estaban obligados a respetar esa posesión en vida del poseedor, lo están también en relación al heredero que ocupa su lugar con motivo de su muerte. El artículo 1704 dispone que el derecho a la posesión de los bienes hereditarios se transmite, por ministerio de Ley, a los herederos y a los ejecutores universales, desde el momento de la muerte del autor de la herencia.
- d) Aquellas cuotas o primas que el autor de la sucesión, en vida, hubiere acumulado, y que, a modo de devolución deban ser entregadas por la persona o institución que las hubiere recibido y cuya devolución

o exigibilidad dependa del acontecimiento de la muerte del autor, ya que éstas fueron desembolsadas por el autor sujetas a esa modalidad y ya formaban parte de su patrimonio. Podrían considerarse incluidas en esta situación las devoluciones de ciertas cajas de ahorro y quizá las que hace el Infonavit de las cuotas que el causante había ido pagando.

e) Los bienes que le hubieren correspondido al causante por la disolución de la sociedad conyugal si la hubiere.

B. No se transmiten por herencia.

a) Los derechos públicos como los derechos humanos consagrados en la Constitución General.

b) Los personalísimos ligados al titular por sus cualidades personales de parentesco, confianza, cargo; los derechos y deberes familiares (patria potestad, tutela y curatela); el derecho y deber de alimentos; el carácter de mandante y mandatario; el de comodatario, y el carácter de asociado de una asociación civil.

c) Los derechos patrimoniales de duración limitada a la vida de la persona, tales como el usufructo, el uso y la habitación; la pensión o renta vitalicia, y la obligación cuyo cumplimiento no es fungible por ser personalísima del obligado.

d) El importe de las prestaciones (pensiones, indemnizaciones, etc.) que empiecen a causarse precisamente por la muerte del autor de la herencia, porque nacen por primera vez en cabeza del beneficiario aunque sea como efecto directo o indirecto de la muerte de una persona. Se adquieren

directamente por el beneficiario y surgen con motivo de la muerte que es el evento que determina su nacimiento. Por consiguiente, nunca formaron parte del fallecido, por lo que los acreedores hereditarios no tienen derecho sobre ellas. Por ejemplo, el importe del seguro de vida del autor de la sucesión, las prestaciones que debe pagar el Instituto Mexicano del Seguro Social, etcétera.¹⁸

II. Persona causante de la sucesión.

La sucesión mortis causa sólo se da con la muerte de una persona física. La extinción de las personas morales o colectivas no origina la sucesión mortis causa, aunque, en cierto modo, en estos casos puede existir una sucesión a título universal o sea del patrimonio total de una persona moral cuando la misma transmite a otra persona la totalidad de su patrimonio (activo y pasivo) o en caso de que una persona moral, como fusionante, reciba el patrimonio total de otra (fusionada) que se fusione con ella.

Por semejanza con la muerte, hay otro hecho que origina la apertura de la sucesión y éste es la presunción de muerte de un ausente.

III. La persona del sucesor.

En virtud de que el sucesor va a sustituir al fallecido en la titularidad de su patrimonio y a “subentrar” en esa relación al momento de la muerte de aquél, es necesario que sea un ser jurídicamente viviente con personalidad reconocida por el derecho. Sin embargo, el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 22 establece que desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le

¹⁸ Ibid., pág. 8.

tendrá por nacido para los efectos declarados en el Código Civil. En consecuencia, desde que se inicia la vida intrauterina entra bajo la protección de la ley.

La doctrina ha considerado que el alcance y amplitud de los efectos del artículo 22 comprende:

- a) La posibilidad de que el concebido sea instituido heredero (Arts. 1314 y 1638).
- b) La posibilidad de ser designado legatario (art. 1391).
- c) La posibilidad de recibir donaciones (art. 2357).

La institución de heredero o legatario creada por el legislador a favor del *nasciturus* (el ser que va a nacer) suspende la división de los bienes hereditarios, en tanto no se verifique el parto o una vez que transcurra el plazo máximo correspondiente a la preñez, es decir, trescientos días posteriores a aquel en que se efectuó la concepción.

Para que el feto adquiera personalidad es necesario que cumpla con los requisitos señalados por el artículo 337 del código, a saber:

- a) Sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o
- b) Que sea presentado vivo al juez del Registro Civil antes de que transcurra ese plazo.

Por consiguiente, si el producto de la concepción nace muerto (mortinato), o no vive veinticuatro horas, ni es presentado vivo al Juez del Registro Civil, se puede llevar a cabo la partición de la herencia, así como la adjudicación de los bienes a los herederos con derecho a ello.

Cabe agregar que de conformidad al artículo 1287 se prevé una presunción legal en el sentido de que si el autor de la herencia y

sus herederos o legatarios, perecieran en el mismo desastre o en el mismo día, sin que se pueda averiguar a ciencia cierta quiénes murieron antes, se tendrán todos por muertos al mismo tiempo, y no tendrá lugar la transmisión entre ellos de la herencia o legado. A este fenómeno se le denomina en la doctrina presunción de commorencia. Quien alegue la premoriencia, es decir, el fallecimiento de una persona antes que la muerte del autor, debe probar el hecho en que fundamente su pretensión.

Asimismo, se debe distinguir el concepto de personalidad del de capacidad. El primero significa ser persona en Derecho, o es el requisito para ser parte en un proceso o para intervenir en él; en cambio, la capacidad es la aptitud que tiene una persona para ser titular de derechos y obligaciones y para hacerlos valer por sí mismo. La capacidad se refiere a derechos y obligaciones determinados, concretos. En otras palabras no todas las personas pueden adquirir todos los derechos que reconoce la ley.

La capacidad para heredar tiene su razón de ser en la naturaleza misma de las cosas y es necesaria para que nazca el derecho de suceder a favor del sucesor. Es presupuesto de la sucesión, y opera "ipso iure" al momento de la apertura con respecto a la herencia de cualquier persona. En cambio, cuando hay algún impedimento para que ciertas personas adquieran la herencia, estamos ante un caso de indignidad.

A semejanza de la capacidad establecida para los actos jurídicos, el Código señala que la capacidad es la regla general. En consecuencia, tienen capacidad para heredar:

- a) Todos los habitantes del Distrito Federal, de cualquier edad que sean;

- b) Las personas morales en virtud de que tienen personalidad;
- c) La capacidad no puede ser privada 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:
 - a) El que haya sido condenado por haber dado, mandado o intentado dar muerte al "de cujus" o a sus padres, hijos, cónyuge o hermanos o por delito que merezca pena de prisión contra cualquiera de esas personas.
 - b) El que haya hecho contra el autor de la sucesión, sus ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuge acusación de delito que merezca pena capital o de prisión, aún cuando aquélla sea fundada, si fuere su descendiente, su ascendiente, su cónyuge o su hermano, a no ser que ese acto haya sido preciso para que el acusador salvara su vida, su honra o la de sus descendientes, ascendientes, hermanos o cónyuge.
 - c) El cónyuge que mediante juicio ha sido declarado adúltero, si se trata de suceder al cónyuge inocente.
 - d) El que haya sido condenado por un delito que merezca pena de prisión, cometido contra el autor de la herencia, de sus hijos, de su cónyuge, de sus ascendientes o de sus hermanos.
 - e) Los padres que hubieren expuesto, abandonado a sus hijos, o prostituido a sus hijas o atentaren a su pudor respecto de los ofendidos.

- f) Los parientes del autor de la herencia que, hallándose este imposibilitado para trabajar y sin recursos, no se cuidaren de recogerlo o de hacerlo recoger en establecimiento de beneficencia.
 - g) El que usare la violencia, dolo o fraude con una persona para que haga, deje de hacer o revoque su testamento.
 - h) El que, conforme al Código Penal, fuere culpable de supresión, sustitución o suposición de infante, siempre que se trate de la herencia que debió de corresponder a éste o a las personas a quienes se haya perjudicado o intentado perjudicar con esos actos.
- III. Por presunción de influencia contraria a la libertad del testador o a la verdad o integridad del testamento.
 - IV. Por falta de reciprocidad internacional.
 - V. Por causa de utilidad pública.
 - VI. Por renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento.

IV. *Vocación a la herencia.*

La desaparición del sujeto en el que descansaba toda una serie de relaciones jurídicas, hace surgir el problema de proveer a la conservación de tales relaciones y su continuación en la persona de un nuevo sujeto para que no queden vacantes indefinidamente. Así el Derecho determinará el modo de adecuarse ese sucesor, es decir; el llamado a suceder, que es en sí la vocación hereditaria, con base en ciertos criterios, que no pueden ser arbitrarios.

De conformidad con el artículo 1283 del Código Civil el testador puede disponer del todo o de parte de sus bienes, con lo cual

rige el principio de la libre testamentifacción, sin más limitación que la obligación de dar alimentos, en ciertos casos, a las personas que señala la ley. El testamento eficaz da origen a la sucesión testamentaria, y a la llamada o invitación que reciben los herederos para suceder por testamento, a la cual se le conoce precisamente como *vocación hereditaria por testamento*.

Cuando no hay testamento, o el que se otorgó es nulo o perdió validez; cuando el testador no dispuso de todos sus bienes; cuando no se cumpla la condición impuesta al heredero, o cuando el heredero muera antes del testador, repudie la herencia o sea incapaz, si no se ha nombrado sustituto, conforme a lo dispuesto en el artículo 1599 del ordenamiento legal en comento, estas situaciones van a dar origen a la herencia legítima, porque se origina en la ley, *ex lege*, conocida también con los nombres de intestada o *ab-intesta*.

Cuando no hay testamento eficaz o si el que hubiere no comprende todos los bienes, la ley llama como herederos de todos los bienes en el primer caso o de los no comprendidos en el testamento en el segundo, a los parientes más próximos (*vocación legal*) y, en caso de falta de los mencionados en la ley, a la Beneficencia Pública. Por consiguiente, cuando haya bienes, siempre habrá herederos. Se hace hincapié en que la sucesión legítima es supletoria de la sucesión testamentaria como se desprende de la lectura del mencionado artículo 1599. Sin embargo, pueden coexistir los dos tipos de sucesiones, es decir, se pueden dar al propio tiempo tanto la sucesión testamentaria como la legítima, es decir, la llamada sucesión mixta.

Continuando con el estudio de la sucesión mortis causa a través de sus antecedentes, sus principios y elementos básicos, es

momento de analizar en nuestro Código Civil vigente, su Libro Tercero denominado De las Sucesiones, en el cual, sólo se refiere a las sucesiones por causa de muerte -sucesión mortis causa-; es por ello que el Derecho Sucesorio contemplado en el citado libro no debe confundirse con la sucesión inter vivos o entre personas que atañe a los derechos reales en una u otra forma o a los derechos de crédito en general. Las especies de sucesiones mortis causa, que regula nuestro Código en estricto sentido son sólo dos:

- a) La sucesión mortis causa testamentaria o voluntaria y
- b) La sucesión mortis causa legal o legítima.

Otro criterio de clasificación tiene su fundamento en la forma en que se transmiten los bienes, de esta manera si se transmiten determinados derechos en particular, se llamará sucesión a título particular o singular, en cambio si se transmite la totalidad del patrimonio de una persona, será sucesión a título universal o "per universitatem". En la mayoría de las legislaciones actuales sólo se permite la sucesión a título universal por causa de muerte, en cambio la singular o particular se admite tanto en caso de muerte como en actos "inter vivos".

Miguel Acosta Romero, señala que la Comisión Redactora del Código Civil para el Distrito Federal buscó, de conformidad con la exposición de motivos, la mayor simplificación y rapidez de los juicios sucesorios para evitar que su retardo indefinido produzca el estancamiento de los bienes de la herencia, o sean causa de inestabilidad o inseguridad jurídica, pero lo cierto es que aún hoy en día a cualquiera impresiona la tardanza, lo embarazoso e inconcluyente que resultan los juicios relativos a la sucesión legítima, por lo cual la gran mayoría de la población opta por evitarla. En tratándose de las sucesiones testamentarias, parece

ser como si éstas estuviesen destinadas sólo a la clase opulenta del Distrito Federal, toda vez que las ventajas de que goza este tipo de sucesiones sólo son accesibles a las clases privilegiadas, debido a lo costoso que resulta el trámite de una testamentaría ante el Notario Público, de ahí que las clases medias del Distrito Federal, tiendan a preferir otras formas de transmitir su patrimonio a sus herederos.¹⁹

Diferimos de este punto de vista, ya que en la práctica judicial nos encontramos con personas de escasos recursos que son asesorados por los abogados adscritos a la Defensoría de Oficio del Gobierno del Distrito Federal para llevar a buen término sus juicios, ya sean estos testamentarios o intestamentarios, presumiendo con esto, que no son tan costosos estos juicios, ya que por asesoría y trámite ésta Oficina no cobra monto alguno.

Como ya se ha señalado anteriormente, el artículo 1281 del Código Civil para el Distrito Federal define el concepto de herencia, la cual es, según este precepto, "la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte". La expresión "herencia" tiene dos sentidos: I. Uno subjetivo que equivale a sucesión hereditaria (en el sentido de transmisión de bienes por causa de muerte), y éste es el sentido en que la toma el artículo de referencia, al definir la herencia como una sucesión en derechos y bienes del difunto. II. Y otro objetivo que es estático: el de masa o conjunto de bienes y relaciones patrimoniales que se transmiten por causa de muerte y hace relación al nuevo sujeto que recibe esa masa; a esto también se le puede llamar *caudal relicto* (de "relinquere" dejar, o *caudal hereditario*).

¹⁹ Acosta Romero, Miguel, op. cit., pág. 24 y 25.

Gutiérrez y González después de criticar el concepto que el artículo 1281 nos da de sucesión en el sentido de que la "herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto", argumentando que el difunto al haber fallecido ya no puede tener bien alguno, pues en ese momento se convirtió en "cosa" y las cosas en el derecho mexicano no pueden ser titulares de derecho alguno, nos da la siguiente definición: "Herencia o sucesión mortis causa es el régimen jurídico tanto sustantivo como procesal, por medio del cual se regula la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones patrimonial pecuniarios de una persona física llamada causante a otra u otras físicas o morales llamadas causahabientes, así como la declaración o el cumplimiento de deberes manifestados, para después de la muerte del causante".²⁰ Acosta Romero considera a la sucesión mortis causa como la sustitución que se defiere por la voluntad del hombre o por disposición de la ley a favor de una o varias personas, de la titularidad de la propiedad de los bienes, así como de los derechos y obligaciones que pertenecieron a una persona física, y que deja al morir.²¹

Nuestra ley considera al heredero como el adquirente de los bienes del de cujus a título universal; en cambio el legatario adquiere a título particular. El heredero se encuentra instituido tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada. En cambio, el legatario sólo se deriva de la primera. El heredero lo define Baqueiro Rojas como el sujeto que recibe, a título universal, toda la masa hereditaria o una parte -la mitad, un tercio, etc.- y consecuentemente recibe el pasivo en la misma

²⁰ Gutiérrez y González, Ernesto, Derecho Sucesorio (Inter vivos y Mortis Causa), Cuarta Edición Corregida y Aumentada, Editorial Porrúa, México, 2002, pág. 80.

²¹ Acosta Romero, Miguel, op. cit., pág. 36.

proporción.²² En el momento en que se produce la muerte del causante, los herederos adquieren derecho a la masa hereditaria como a un patrimonio común, mientras no se hace la división. El heredero, responde de las cargas de la herencia solamente hasta donde alcance la cuantía de los bienes que hereda; por lo tanto no responde de las obligaciones del causante más allá del límite de lo heredado. En el régimen de no confusión del patrimonio del causante con el del heredero, éste no puede, en su calidad de tal ver disminuido su patrimonio a consecuencia de las obligaciones de aquél. Este sistema es el aceptado por el legislador mexicano, el cual se establece para impedir que el heredero resulte perjudicado.

El legatario es el sucesor a título particular (por cosa individualizada o especie determinada) que normalmente sólo responde de la carga que expresamente le señala el testador, salvo que toda la herencia se distribuya en legados, pues entonces se les considerará como herederos y responderán del pasivo en proporción al valor de su legado.²³ El legatario adquiere derecho al legado puro y simple, es decir, no sujeto a modalidad alguna, desde el momento de la muerte del testador. En la sucesión testamentaria pueden coexistir tanto el legatario como el heredero. Señala el Código que el heredero instituido en cosa cierta y determinada, se tiene por legatario.

Como lo hemos estado mencionando, con la muerte del testador se genera el derecho de los herederos a sucederle, teniéndose por no puesta la designación del día en que deba comenzar o cesar la institución de herederos. En tanto no se hace la división del caudal hereditario, éste pertenece proindiviso a todos los

²² Baqueiro Rojas, Edgard, Derecho de Familia y Sucesiones, Primera Edición, Editorial Harla, México, 1990, pág. 258.

²³ *ibid.*

herederos, por lo tanto, todo coheredero tiene la plena propiedad de la parte alicuota que le corresponda y la de sus frutos y utilidades, pudiendo, en consecuencia, enajenarla, cederla o hipotecarla. Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los demás coherederos, estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad. Los coherederos gozan del derecho del tanto. El legado no sujeto a condición alguna, es decir, puro y simple, así como el de día cierto es adquirido por el legatario desde el momento de la muerte del autor de la herencia, sin que se tome en cuenta tampoco la designación del día en que deba comenzar la institución del legatario, en caso de haberse puesto en el testamento.

En tanto el autor de la herencia no fallezca, el heredero o legatario no pueden disponer de sus bienes, aún cuando se sepa cuál es la parte que le corresponderá de la herencia.

Si un coheredero pretende enajenar su parte, los demás coherederos deben ser preferidos en relación con terceros para adquirir dicha parte en igualdad de condiciones, éste es el llamado derecho del tanto. El derecho del tanto no se da sólo en la copropiedad, sino también en relación a los coherederos respecto de la masa hereditaria. Al igual que en la copropiedad cuando varios propietarios de la cosa indivisa hicieren uso del derecho del tanto, será preferido el que represente mayor parte, y siendo iguales, el designado por la suerte. De tal modo que si el derecho de cada heredero sobre los bienes comunes es proporcional al valor de su propiedad exclusiva, fijada en el testamento, también esta situación se tendrá en cuenta para saber si representa un porcentaje de mayor valor para hacer uso

preferentemente, y por encima de otros herederos, del derecho del tanto.

Cuando la enajenación se concerta con un coheredero cesa el derecho del tanto.

Como complemento de este apartado es menester definir Juicio Sucesorio, figura con la que damos trámite a todos y cada uno de los elementos inherentes de la Sucesión "mortis causa", Francisco José Contreras Vaca expone al respecto: "Juicio Sucesorio es el contemplado en el Título Decimocuarto del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y al que definimos como el proceso universal de carácter especial mediante el cual el Juez, en ejercicio de su voluntad jurisdiccional y apegándose a la última voluntad del finado (de cujus) expresada en un testamento o aplicando disposiciones legislativas que la suplen en su ausencia o invalidez, declara que personas físicas o morales tienen derecho a una parte o a la totalidad de su patrimonio (masa hereditaria), tomando las medidas necesarias para inventariarlo, administrarlo, partirlo y adjudicarlo, con lo cual se transmite a título universal los bienes, derechos y obligaciones del difunto. Puede ser de 2 tipos: a) Testamentario, en caso de que el de cujus hubiere otorgado disposición de última voluntad, conforme a la ley (testamento); y b) Intestamentario, que se inicia cuando no se tienen noticias de que el de cujus hubiere otorgado testamento, cuando el realizado es inválido, inoficioso o no incluyó la totalidad de su patrimonio. En este caso la ley, supliendo su voluntad, determina que personas deben heredarlo, de acuerdo con la prelación y en los porcentajes que fija."²⁴

²⁴ Contreras Vaca, Francisco José, Derecho Procesal Civil, Volúmen 1, Biblioteca de Derecho Procesal Civil, Universidad Nacional Autónoma de

1.2.1 SUCESION LEGITIMA.

El marco jurídico de esta figura se encuentra establecido en el Título Cuarto del Libro Tercero denominado De las Sucesiones, dentro del Código Civil para el Distrito Federal. Según Gutiérrez y González la sucesión legal o legítima “es la sucesión en todos los bienes y en todos los derechos y obligaciones pecuniarios de una que fue persona física, después de que fallece, por la o las personas que determina la ley, a falta de una manifestación testamentaria o voluntaria, del que fue titular de esos bienes, derechos y obligaciones”.²⁵

En opinión del maestro Rafael De Pina la sucesión legítima “es la que se defiende por ministerio de ley, cuando concurren los presupuestos establecidos al efecto”.²⁶ La define el Diccionario Jurídico Mexicano como “la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte, de una persona física, a los herederos que determine la ley”.²⁷ Por lo tanto, la sucesión legítima, legal, ab intestado o intestamentaria, intestada o necesaria es la que se defiende por ministerio de la ley cuando no existe testamento o el que se otorgó es nulo o perdió eficacia, cuando el testador no dispuso de todos sus bienes, cuando no se cumpla la condición impuesta al heredero, cuando éste muere antes del testador, repudia la herencia o es incapaz; y se funda en la tutela patrimonial de la familia. De tal modo, que tiene su fundamento, no sólo en la ley, sino en los lazos

México, Editorial Oxford University Press México, S.A. de C.V., Primera Edición, México, 1999.

²⁵ Gutiérrez y González, Ernesto, Derecho Sucesorio (Inter vivos y Mortis Causa), Cuarta Edición Corregida y Aumentada, Editorial Porrúa, México, 2002, pág. 97.

²⁶ Pina, Rafael De, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Bienes, Sucesiones, Vol. II, Decimosexta Edición, Editorial Porrúa, México, 2000, pág. 389.

²⁷ Diccionario Jurídico Mexicano, Cuatro Tomos, Sexta Edición, Editorial Porrúa, México, 1993, pág. 3008.

afectivos que unen al causante con su familia, en cuanto a que ésta en muchas ocasiones contribuyó con sus esfuerzos, sufrimientos y sacrificios a acumular el capital social del causante. Supone un sentimiento de solidaridad hacia aquellos que ayudaron a construir una casa o a conservar la que se tenía, o apoyaron al causante para obtener tantas cosas juntos. En opinión de Miguel Acosta Romero, la herencia en este caso no debe ser vista como una caridad, sino que se transmite a los seres queridos como algo que se ha ganado, y que debe seguir reproduciéndose al paso de las generaciones y crecer continuamente.²⁸

De acuerdo con el artículo 1599 del Código Civil para el Distrito Federal, la sucesión intestada tiene lugar:

1. Cuando alguien muere sin dejar testamento o con testamento nulo, o que siendo válido al principio, perdió su validez.
2. Cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o en alguna parte de los bienes.
3. Cuando falta la condición impuesta al heredero.
4. Cuando el instituido muere antes que el testador, o es incapaz, o indigno, o repudia la herencia, fuera de los casos de sustitución.

En los casos de los apartados tercero y cuarto, en realidad se trata de los supuestos de caducidad contemplados en el artículo 1497 del Código Civil, cuyo texto es el siguiente:

"Art. 1497.- Las disposiciones testamentarias caducan y quedan sin efecto, en lo relativo a los herederos y legatarios:

²⁸ Acosta Romero, Miguel, op. cit., pág. 230.

- I. Si el heredero o legatario muere antes que el testador o antes de que se cumpla la condición de que dependa la herencia o legado;
- II. Si el heredero o legatario se hace incapaz de recibir la herencia o legado;
- III. Si renuncia a su derecho.”

La caducidad, de “caducus” igual a decrepito, anciano, percedero, es la invalidación de un testamento que fue válido, por circunstancias o hechos posteriores a su otorgamiento, ajenos a la voluntad expresa del testador, extinguiéndose con ello el derecho del heredero o legatario para recibir la herencia o legado. Rojina Villegas sostiene que la caducidad no es un vicio del testamento, sino que supone su validez por haberse otorgado cumpliendo todos los requisitos, tanto de existencia como de validez. A pesar de que el acto jurídico es perfecto, existe una imposibilidad de que surta efectos por un hecho ajeno al testador y generalmente posterior a su muerte.²⁹

Las causas que originan la caducidad, de acuerdo con el precepto citado, son las siguientes:

- I. Cuando el heredero o el legatario muere antes que el testador o antes de que se cumpla la condición de que dependa la herencia o legado. Se trata en el primer caso de un hecho ajeno al testador, pero anterior a su muerte, en el segundo caso, es posterior a su muerte. Como no se cumplió la condición suspensiva, se presenta un obstáculo para el nacimiento del derecho hereditario. Si el heredero muere antes de que se actualice la condición,

²⁹ Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Tomo II Bienes, Derechos Reales y Sucesiones, Trigesimosegunda Edición, Editorial Porrúa, México, 2000, pág. 416.

- caduca el testamento, y en esa virtud, no podrá transmitir los bienes a sus herederos, sino que tendrá que abrirse la sucesión legítima.
- II. Cuando el heredero o legatario sean incapaces de recibir la herencia o legado. En estos casos caduca la disposición y se abre la sucesión legítima para los bienes objeto de la disposición que ha caducado.
 - III. Cuando renuncien a su derecho el heredero o legatario. A este respecto Rojina Villegas afirma que aunque la transmisión de los bienes se opera de pleno derecho por la muerte del testador y en el momento mismo de su muerte, se exige una aceptación expresa o tácita de parte del heredero o legatario supuesto que nadie puede ser heredero o legatario contra de su voluntad. Cuando existe esta manifestación de aceptación, produce efectos retroactivos y la transmisión de la herencia, se opera desde la muerte del testador, pero si renuncia el heredero expresamente a la herencia, caduca la disposición testamentaria y en este caso debe también abrirse la sucesión legítima, si no existe sustituto.³⁰

En los dos primeros casos, se consideran causas de incapacidad para heredar por la razón de que el derecho del heredero o legatario se origina con la muerte del testador o una vez que se haya cumplido la condición, bajo la cual fueron instituidos; pero sin este instante el heredero o legatario no existen, por falta de personalidad jurídica son incapaces para recibir cualquier derecho, como es la propia herencia.

El tercer caso trata de la repudiación de la herencia o legado. Algunos autores opinan que éstas no son causas de caducidad,

³⁰ Ibid., pág. 417.

propriadmente hablando, porque afirman que la caducidad es la extinción de un derecho o facultad por el transcurso de cierto tiempo, y que en estos casos no se fija el tiempo en que caduque el derecho del heredero o legatario.

Tratándose de la apertura de la sucesión legítima, Rojina Villegas clasifica los siguientes casos:³¹

1. Cuando no se otorgó testamento, que es la hipótesis normal.
2. Cuando habiéndose otorgado el testamento éste ha desaparecido.
3. Cuando el testamento es jurídicamente inexistente.
4. Cuando el testamento es nulo; la nulidad puede ser total, referirse al acto jurídico en todos sus aspectos, o simplemente parcial, refiriéndose a determinada institución de heredero o de legatario.
Cuando el testamento es nulo, si la nulidad es parcial, se abre la sucesión legítima por lo que toca a las disposiciones nulas y subsiste la testamentaria por lo que se refiere a las cláusulas válidas.
5. Cuando el testador revoca su testamento.
6. Cuando en el testamento sólo se disponga de parte de los bienes.
7. Cuando el heredero testamentario repudia la herencia.
8. Cuando el heredero testamentario muera antes que el testador.
9. Cuando el heredero muere antes de que se cumpla la condición suspensiva, a pesar de que su muerte sea posterior a la del testador, o no se cumpla la condición.
10. En los casos de incapacidad de goce del heredero testamentario.

³¹ Ibid., pág. 422.

Asimismo, la sucesión legítima se puede repartir de tres diversas formas: por cabezas, por estirpes o por línea.

La sucesión por cabezas se da cuando los integrantes de un mismo orden concurren a la herencia, la que deberá partirse por partes iguales. Tiene lugar cuando el heredero recibe en nombre propio; es decir, no es llamado a la herencia en representación de otro, y la tenemos en todos los hijos, en los padres y en los colaterales.

La sucesión por estirpes tiene lugar cuando los descendientes de una persona premuerta, incapaz de heredar, o que hubiere renunciado a la herencia, suceden en representación de la persona llamada preferentemente, esto es, cuando un descendiente entra a heredar en lugar de un ascendiente. Así el hijo puede entrar a heredar en representación de su padre, cuando éste ha muerto antes que el de cujus. El nieto representa a su abuelo, si murieron su padre y su abuelo; o el bisnieto puede heredar por estirpes, si a su vez murieron su padre, su abuelo y su bisabuelo. Se presenta la herencia por estirpes en la línea recta descendente, sin limitación de grado; en la línea recta ascendente nunca puede ocurrir, es decir, el bisabuelo no representa al abuelo, cuando éste haya muerto antes que el autor de la sucesión, sino que heredará por líneas, cuando no exista el abuelo, y a su vez, no haya padre, ni descendientes. La herencia por estirpes también se da en la línea colateral, pero limitada sólo a favor de los sobrinos del de cujus, es decir, cuando mueren los hermanos del autor de la sucesión, sus hijos, como sobrinos del de cujus pueden representarlos. En relación con los grados la exposición de motivos del Código Civil para el Distrito Federal expresa que por lo que toca a la sucesión legítima, el derecho de heredar se limitó hasta el cuarto grado de

la 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 quizás ni conoció.

La sucesión por línea tiene lugar cuando la herencia se divide en dos partes iguales, una para cada rama, la materna y la paterna, y esa mitad se repartirá por partes iguales entre los integrantes de cada rama, es decir, ésta se presenta en los ascendientes de segundo o de ulterior grado; o sea, procede respecto de los abuelos, bisabuelos, etc. Los padres o ascendientes de primer grado no heredan por líneas, sino por cabezas, como ya lo señalamos arriba. La herencia por líneas se divide en dos partes: herencia paterna y materna; independientemente de que en una línea haya diferente número de ascendientes que en la otra. No importa que en la línea paterna sólo haya un abuelo y en la materna los dos abuelos; puesto que la herencia se divide en dos partes, y después cada mitad se subdivide en el número de ascendientes de cada línea.

Cuando el testador dispone legalmente sólo de una parte de sus bienes, el resto de ellos forma la sucesión legítima, en este caso la transmisión ab intestato se considera por el legislador como subsidiaria de la sucesión testamentaria, o como una forma suplementaria que se desarrolla paralelamente a la transmisión del caudal hereditario por testamento. Por consiguiente, se considera como una sucesión mixta. Agrupando las personas a quienes se ofrece la herencia del causante, considerando un orden de preferencia, la sucesión intestada se abre con respecto a seis categorías de herederos u óraenes, porque sólo se pasa al orden siguiente a falta del primero y así sucesivamente: 1. Descendientes; 2. Cónyuge supérstite; 3. Ascendientes; 4.

Colaterales; 5. Concubina, y 6. Asistencia Pública. El parentesco de afinidad no otorga el derecho de heredar, a diferencia del parentesco por adopción que sí da derecho a heredar. El parentesco de afinidad se establece en razón del matrimonio entre la esposa y los parientes del esposo, o entre el esposo y los parientes de su mujer, de acuerdo con el artículo 294 del Código Civil.

Otra regla principal dentro del intestado es que los parientes más próximos excluyen a los más remotos, sean de la línea paterna o de la materna; en otras palabras hereda el pariente más próximo en grado, por ejemplo, el padre, superviviente del causante, excluye a los abuelos paternos y maternos. Cuando concurren hermanos con sobrinos y hermanos con medio hermanos, no se aplica esta regla.

Con respecto a la sucesión de los descendientes, el Código contempla el supuesto de la sucesión por cabezas, es decir, se distribuye la herencia en tantas partes como personas sean llamadas. El orden de los descendientes es llamado en primer lugar con exclusión de todos los demás, sin perjuicio de la porción conyugal que corresponda al marido o a la mujer sobreviviente. Comprende no sólo los hijos y descendientes legítimos del autor de la sucesión, sino también los hijos adoptivos, sin distinción de sexo o de primogenitura, como antiguamente sucedía. Si no hay cónyuge supérstite los hijos heredan la totalidad del acervo hereditario. Hay que tomar en cuenta que la ley no distingue entre hijos legítimos o naturales, o en su caso, adoptivos; por lo tanto, cuando se habla en esta norma de los hijos, debe comprenderse a los legítimos, legitimados, adoptivos y naturales, obviamente éstos últimos tendrán derecho a la cuota hereditaria únicamente si han sido

reconocidos, como una forma de acreditar la filiación. Y a falta de aquél, la sentencia que declara la paternidad o la prueba del parto, acreditan el derecho hereditario del hijo respecto al padre o madre, según sea el caso.

Cuando existen hijos legítimos del causante, los ascendientes de cualquier grado que sean, sólo tendrán derecho a alimentos, que en ningún caso puede exceder de la porción que corresponde a los hijos, en virtud de que la ley debe otorgar a los hijos la mayor protección. Al respecto tenemos la siguiente ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia:

ACCION DE PETICIÓN DE HERENCIA. NO BASTA ACREDITAR EL PARENTESCO, SINO QUE ES NECESARIO NO ESTAR EXCLUIDO POR LA LEY.- En la sucesión legítima no basta acreditar el parentesco, sino que es necesario no estar excluido por la ley a pesar de tenerlo. Al efecto, el artículo 1,604 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, establece que los parientes más próximos excluyen a los más remotos, salvo lo dispuesto en los artículos 1,609 y 1,632. El artículo 1,608 dispone que cuando concurren descendientes con el cónyuge que sobreviva, a éste le corresponderá la porción de un hijo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1,624. En la especie, concurre una hija del autor de la herencia con la cónyuge supérstite, pero quien ejercita la acción de petición de herencia es la madre del de cujus. Sobre este particular el artículo 1,611 del Código Civil invocado establece que concurriendo hijos con ascendientes, éstos sólo tendrán derecho a alimentos, que en ningún caso pueden exceder de la porción de uno de los hijos. Esto significa que los herederos que excluyen a los ascendientes son los hijos y el cónyuge supérstite; si estos últimos concurren con ascendientes, la ley

establece la preferencia para considerarlos como herederos, y a aquéllos sólo les concede el derecho a alimentos, pero no en calidad de herederos, ya que, la situación de tal acreedor alimentario, de ninguna manera se equipara a la de un heredero. *Amparo directo 4066/71.- Victoria Ubaldo Arellano.- 8 de febrero de 1973.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Mariano Ramírez Vázquez.- Informe 1973, Tercera Sala, pág. 25.*

Como sabemos, el parentesco civil es el que nace de la adopción, en los términos del artículo 410-D del Código Civil. En este tema, posiblemente nos pudiéramos encontrar ante una incongruencia legal, ya que por un lado, en el Código se precisan claramente los efectos de la adopción, ya sin diferenciar la plena de la simple, pues esta última fue derogada por decreto publicado el 25 de mayo de 2000, mientras que en sus artículos 1612, 1613 y 1620 se mencionan todavía algunos supuestos para la figura de la adopción simple. Debemos considerar que el Código Civil establece por decreto publicado el nueve de junio del año dos mil cuatro, que el adoptado en adopción plena se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, lo cual debe prevalecer a la posible incongruencia legal, y más cuando en el artículo tercero transitorio de dicho decreto, se derogan todas aquellas disposiciones que contravengan lo establecido en esa Ley.

Por otro lado, para fijar la porción legitimaria, se debe atender al valor de los bienes que hayan quedado a la muerte del testador, previas las deducciones de la parte de que legalmente haya dispuesto el testador, haciendo uso de su facultad de disponer testamentariamente de todo o parte de sus bienes.

Por lo que toca a la sucesión de los ascendientes, a falta de descendientes y de cónyuge, sucederán el padre y la madre por

partes iguales. Cuando sólo exista padre o madre, no hay necesidad de disminuir la porción legitimaria en detrimento de los demás, sino que el que sobreviva sucede al hijo en todo el acervo hereditario. En defecto de los padres del causante, la herencia se distribuirá por partes iguales entre los ascendientes de la línea relativa, por lo cual se puede considerar como una excepción al principio de que los parientes más próximos excluyen a los más remotos. Si el causante tiene abuelo paterno y bisabuelos por la línea materna, la herencia se dividirá entre ellos por partes iguales. Pero si se aplica el principio antes mencionado, toda la herencia correspondería al abuelo paterno.

Si concurriera el cónyuge del adoptado con los adoptantes, las dos terceras partes de la herencia corresponden al cónyuge y la otra tercera parte a los que hicieron la adopción, esto es, en la sucesión de los ascendientes con el cónyuge, la herencia se divide en dos partes iguales, de las cuales una se aplica al cónyuge y la otra a los ascendientes (artículo 1626 del Código Civil). Sin embargo, en el caso de que concurren los adoptantes con el cónyuge sólo tiene derecho a una tercera parte y las dos terceras partes de la herencia corresponden al cónyuge.

En cuanto al cónyuge supérstite, este puede concurrir con los descendientes, también con los ascendientes y con los parientes colaterales. La porción conyugal se fija en relación a lo que corresponda a un hijo, y de acuerdo con el valor de los bienes que tenga. Cuando se presenta una sucesión intestamentaria es muy importante establecer si existe sociedad conyugal o no, porque en este caso, al hacerse la división se separarán los bienes que correspondan al cónyuge que sobreviva, conforme a las capitulaciones matrimoniales o a las disposiciones que regulan la sociedad conyugal, en los términos del último párrafo

del artículo 862 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

El cónyuge hereda al de cujus solamente si no se ha pronunciado sentencia de separación personal por culpa de aquél o de ambos. Así tendrá derecho a la totalidad del acervo, faltando descendientes o ascendientes. Si concurre con uno o más hijos legítimos, naturales o adoptivos tiene derecho a la porción que le corresponderá a un hijo, si carece de bienes o los que posea al morir el causante no igualan la misma cuota del hijo. Al respecto, se transcribe una tesis del Poder Judicial de la Federación, relacionada con lo anteriormente descrito:

TESTAMENTO, NULIDAD DEL. CASO EN EL CUAL NO PROCEDE, AUN CUANDO SE ACREDITE QUE EL TESTADOR SE ENCONTRABA CASADO BAJO EL RÉGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL.- La circunstancia de que el testador hubiere designado como su única y universal heredera a una hija, no trae como consecuencia lógica y necesaria que su cónyuge se vea privada del cincuenta por ciento que le corresponde, según exprese, a virtud del matrimonio que bajo el régimen de sociedad conyugal celebró con el testador, si de la citada disposición testamentaria se advierte que el testador emitió su voluntad en el sentido de nombrar como su única y universal heredera de todos sus bienes, presentes y futuros, a su hija, por lo que, aun en el supuesto de que la citada cónyuge siguiera casada con el testador, obviamente que en nada le afectaría la disposición de que se trata, toda vez que, como se deja dicho, sólo dispuso de sus bienes, más no de los de terceras personas, como lo son los derechos que pudieran corresponderle a la cónyuge dentro de la sociedad conyugal; ello, independientemente de que si se llegara a actualizar la

hipótesis que señala la citada cónyuge, ésta se encontraría en aptitud legal de ejercitar la acción correspondiente, pero no reclamar la nulidad del testamento en cuestión.

Amparo directo 3162/75.- José Ángel Rosales Martínez y María de la Luz Martínez Rosales.-18 de noviembre de 1977.-5 votos.- Ponente: Salvador Mondragón Guerra.- Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Volúmenes 103-108. Cuarta Parte, julio-diciembre, 1977. Tercera Sala, página 179.

El cónyuge que no tenga bienes propios recibirá íntegra la porción legitimaria, y cuando tenga, pero no iguale a la porción que le corresponde, se le abonará lo que baste para igualar sus bienes con la porción de un hijo. Si se da el caso de que el cónyuge supérstite concorra con ascendientes, la legítima se dividirá en dos mitades, de las cuales una será para el cónyuge y la otra para los ascendientes. Cuando el cónyuge concorra con uno o más hermanos del autor de la legítima, tendrá las dos terceras partes de ella, y la tercera parte restante, se dividirá por partes iguales entre los hermanos legitimarios que concurren. Cuando falten los descendientes, ascendientes, y parientes colaterales, el cónyuge hereda todos los bienes.

Nos señala el Código con relación a los Colaterales que si sólo hay hermanos por ambas líneas, sucederán por partes iguales, esto es, los hermanos del de cujus heredan *in capita* todo el acervo, si no hay descendientes, ascendientes, ni cónyuge. Así, después del orden del cónyuge, vienen, en un orden mixto, los hermanos y hermanas, quienes reciben porciones iguales si son del mismo matrimonio. En otras palabras, en defecto de todos los parientes anteriores serán llamados a la sucesión intestada los hermanos legítimos, dividiéndose la herencia en tantas partes como hermanos haya. En el caso de que concurren

hermanos con medios hermanos, aquéllos heredarán doble porción que éstos, la participación se hace en el sentido de que a los hermanos carnales les corresponderá doble porción y a los medios hermanos sólo una parte, o sea, la mitad de la de un hermano carnal.

Al respecto, tenemos una Tesis Jurisprudencial del Poder Judicial de la Federación:

HERENCIA. DERECHO A LA CONCURRENCIA DE HERMANOS DEL DE CUJUS CON SOBRINOS.- Es inaceptable la pretensión de la hermana de la autora de la sucesión en el sentido de que sus sobrinos (hijos de un hermano premuerto), no tienen derecho a heredar porque su padre no renunció a la herencia, invocando en su apoyo el artículo 1,631 del Código Civil, que establece: "Si concurren hermanos con sobrinos hijos de hermanos o de medios hermanos premuertos, que sean incapaces de heredar o que hayan renunciado la herencia...", pues la interpretación de tal precepto, en relación con los artículos 1,665 y 1,666 del mismo ordenamiento, hace llegar a la convicción de que la frase "que sean incapaces de heredar o que hayan renunciado la herencia" no explica ni rige a la anterior "hijos de hermanos o medios hermanos premuertos", sino que establece casos distintos dentro de una enumeración de sujetos concurrentes.

Amparo en revisión 51/79.- Aurora Guzmán Mardueño viuda de Espinosa de los Monteros.-21 de febrero de 1979.-Unanimidad de votos.- Ponente: Luz María Perdomo Juvera.- Secretario: Jorge Arenas y Gómez. Informe 1979. Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Civil. Núm. 15, página 162.

Cuando sólo concurren hermanos con sobrinos del de cujus, si estos últimos son hijos de hermanos premuertos, incapaces de

heredar o que hubieren renunciado a la herencia, los hermanos heredarán por cabezas y los sobrinos por estirpes. De esta forma, si el autor no dejó descendientes, ascendientes, o cónyuge, sus hermanos tienen derecho a heredar; si todos los hermanos viven, los sobrinos no tendrán el derecho de representación; pero si uno de los hermanos ha muerto, su estirpe tiene el derecho de representarlo; y a su vez, la parte que se asigne a esa estirpe, se dividirá con igualdad entre el número de sobrinos. La razón es porque todos los sobrinos están en igual grado, y entran por representación a heredar a su tío muerto, pues de otra suerte serían excluidos por ser parientes más remotos.

Respecto de los demás colaterales (dentro del cuarto grado) puede decirse en términos generales que los parientes más próximos del de cujus, excluyen a los más lejanos, por ejemplo, los del tercer grado, excluyen a los del cuarto grado. De tal suerte que faltando descendientes, ascendientes, hermanos (o sus descendientes, es decir, sobrinos) y cónyuge, a ellos les corresponderá toda la herencia.

Con relación a los concubinos, el Código Civil determina que la concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que reúnan los requisitos a que se refiere el Capítulo XI del Título Quinto del Libro Primero del Código en mención.³² El concubinato es un hecho social

³² Este artículo fue reformado en mayo del dos mil, el cual nos remite al artículo 291-Bis del Código Civil, señalando que "la concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo.

caracterizado por la unión, convivencia y trato sexual entre personas con capacidad legal para contraer matrimonio, al respecto, tenemos la siguiente jurisprudencia:

CONCUBINA. DERECHO A HEREDAR POR PARTE DE LA.- Si la actora había ocurrido en juicio demandando herencia en su carácter de cónyuge supérstite y se declaró no tener derecho a ello por sentencia que causó ejecutoria, esto no es obstáculo para que la misma persona ocurra ejercitando acción de petición de herencia en su carácter de concubina del autor de la herencia, ya que en este caso ostenta distinta personalidad y por lo mismo no hay cosa juzgada que le impida legalmente heredar ostentándose como concubina.

A.D. 6218/59.-Antonio Ramírez Medina y coags.-29 de septiembre de 1961.-5 votos.- Ponente: José López Lira.- Tercera Sala, Informe de 1961, pág. 44.

En defecto de todos los que tengan derecho a heredar conforme a lo dispuesto por el Código Civil, los cuales ya han sido señalados, como son descendientes, ascendientes, cónyuge y colaterales hasta el cuarto grado, así como concubina, heredará el Estado, a través de la Beneficencia Pública. Sin embargo, aunque la ley no lo diga, el juez no puede resolver a favor del

No es necesario el transcurso del período mencionado cuando, reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común.

Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputará concubinato. Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro, una indemnización por daños y perjuicios". En el artículo 291-Quáter se establece que "el concubinato genera entre los concubinos derechos alimentarios y sucesorios, independientemente de los demás derechos y obligaciones reconocidos en éste código o en otras leyes". Anterior a la reforma mencionada, señalaba el Código Civil que la concubina y el concubinario tenían derecho a heredarse recíprocamente; esto es, cuando hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el autor de la herencia le sobreviven varias

representante del Estado que pretenda la herencia, sin previa audiencia del Ministerio Público, como defensor de los ausentes, y sin que precedan edictos publicados por el tiempo y en la forma prescrita por el artículo 809 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, observándose las demás formalidades que en el citado Código se prevengan. La falta de estas, hará que el Estado pueda ser condenado en daños y perjuicios a favor de los herederos, si algunos se presentaran. Las instituciones de beneficencia pública, que tengan por objeto el auxilio de los necesitados, la investigación científica, la difusión de la enseñanza, o la ayuda recíproca de los asociados, no podrán, de acuerdo al artículo 27 constitucional, adquirir más bienes raíces que los indispensables para su objeto, inmediata o directamente destinados a él. En consecuencia, cuando heredan bienes raíces, deberán venderlos en pública subasta, antes de hacerse la adjudicación, aplicándose su valor a la propia beneficencia pública.

concubinas o concubenarios en las condiciones mencionadas, ninguno de ellos heredará.

1.2.2 SUCESIÓN POR TESTAMENTO.

La sucesión por testamento es una especie de sucesión mortis causa que tiene su origen en la expresión de última voluntad de un causante, manifestada en cualquiera de las formas previstas por el legislador. El Diccionario Jurídico la define como la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte de una persona física a los herederos que ella misma determine a través de una manifestación unilateral de la voluntad denominada testamento.³³

Antonio de Ibarrola señala que con el testamento, el autor de la herencia asume el papel, la función de legislación respecto de su patrimonio.³⁴

El Código Civil para el Distrito Federal señala en el artículo 1295 que "Testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte". Como se observa, el fundamento de esta sucesión es la expresión de última voluntad, a la cual se le denomina testamento, este acto jurídico debe ser realizado conforme a las formas que la ley establece para que tenga plena validez.

Rojina Villegas define el testamento como 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 misma.³⁵

³³ Diccionario Jurídico, Desarrollo Jurídico Profesional, CD-Rom, Diseñado para Microsoft Windows 98, Edición 2002.

³⁴ Ibarrola, Antonio De, Cosas y Sucesiones, Quinta Reimpresión, Editorial Porrúa, México, 2001, pág. 683.

³⁵ Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo IV, Sucesiones, Novena Edición, Editorial Porrúa, México, 2000, pág. 289.

El propio autor desglosa los elementos de esta definición, de la siguiente manera:

1º. El testamento es un acto jurídico unilateral.- Teniendo en cuenta que el acto jurídico es una manifestación de voluntad que se realiza con la intención de producir consecuencias de derecho, siempre y cuando la norma jurídica ampare esa manifestación de voluntad, el elemento esencial al acto jurídico, es por consiguiente, ser un acto de voluntad.

2º. Es un acto personalísimo, revocable y libre.- Se dice que el testamento es un acto personalísimo porque no puede llevarse a cabo por conducto de representante; por consiguiente es el testador en persona, el que debe manifestar su voluntad, instituyendo herederos y legatarios, asignando cantidades y distribuyendo bienes, lo cual no puede encomendarse a un tercero, salvo lo dispuesto en el artículo 1298 del Código Civil para el Distrito Federal. Además el testamento es un acto revocable en cuanto a que el testador no puede celebrar pacto o convenio por el cual renuncie a la facultad que tiene de revocar el testamento, pues tal pacto no sólo cuando implica renuncia, sino restricción o modificación, se considera inexistente debido a una imposibilidad jurídica. En relación a que el testamento es un acto libre, esta característica se refiere al supuesto en que el testador no puede obligarse por contrato o por convenio a no testar, o a testar bajo ciertas condiciones, o bien a transmitir por testamento sólo parte de sus bienes y reservar otra parte para sus herederos legítimos. Cualquier pacto que en este sentido restrinja la facultad libre de testar, o que implique renuncia de ella, es también inexistente por una imposibilidad jurídica, en virtud de que existe una norma en el derecho positivo, que

impide que el acto de renuncia o de restricción a la facultad de testar se lleve a cabo.

3°. Debe ser ejecutado por persona capaz. No cabe en materia de sucesiones la distinción doctrinaria entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio, en virtud que en el otorgamiento de un testamento la aptitud para testar va unida al ejercicio del derecho sin que nadie pueda suplir la capacidad o realizar un testamento en representación de un incapaz. Además, en materia testamentaria, la regla de la capacidad sufre una variante, toda vez que tienen capacidad de ejercicio para otorgar un testamento los mayores de 16 años y que se encuentren en su cabal juicio (art. 1306 Código Civil). Sin embargo, tratándose del testamento ológrafo, sí se sigue la regla de la mayoría de edad (art. 1551).

4°. Tiene por objeto la transmisión de bienes, derechos y obligaciones que no se extingan por la muerte o la declaración y cumplimiento de deberes como reconocer a un hijo, nombrar un tutor.

El objeto principal del testamento, según Acosta Romero, es la institución de herederos y legatarios y, la disposición de los bienes del causante, por lo cual debe ser física y jurídicamente posible. El testamento, asimismo, tiene un doble contenido:

- a) Económico, por cuanto que consiste en la transmisión de los bienes susceptibles de valorización económica que constituyen el patrimonio del difunto, y
- b) Moral, por cuanto a la realización de algún acto voluntario que no entraña ningún aprovechamiento económico, por

ejemplo declarar el reconocimiento de un hijo para que tenga todos los efectos jurídicos.³⁶

Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de las palabras, a no ser que aparezca con manifiesta claridad que fue otra la voluntad del testador. En caso que haya duda sobre la inteligencia o interpretación de una disposición testamentaria, se observará lo que parezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del testamento y la prueba auxiliar que a este respecto pueda rendirse por los interesados.

Como regla general, se establece la capacidad de toda persona para testar; así, pueden hacer testamento todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente ese derecho, y como regla especial la incapacidad creada, a diferencia de otros países, sólo en los casos mencionados en el artículo 1306 del Código Civil para el Distrito Federal. La capacidad, como sabemos, es la aptitud de las personas para ser sujetos de derechos y obligaciones y para hacerlos valer por sí mismos, comprendiéndose con este concepto la capacidad de goce y la de ejercicio.

En materia de sucesiones el estudio de la capacidad se realiza desde dos diferentes puntos, uno es la capacidad para testar y otro la capacidad para heredar, siendo la más trascendente la capacidad para testar ya que la falta de esta, tiene como consecuencia la nulidad del testamento. La capacidad para testar atañe sólo a la sucesión testamentaria, a diferencia de la capacidad para heredar que compete tanto a la sucesión testamentaria como a la legítima. Según el artículo 1306 del

³⁶ Acosta Romero, Miguel, Laura Alejandra Martínez Arroyo, María Eugenia Muñoz Islas, José Antonio Almazán Alaníz, Código Civil para el Distrito Federal Comentado, Volumen III, Segunda Edición Actualizada, Editorial Porrúa, México, 2002, pág. 47.

ordenamiento legal anteriormente citado están incapacitados para testar los menores que no han cumplido dieciséis años de edad, ya sean hombres o mujeres y los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio. Como se puede observar la capacidad para testar es distinta de la que se requiere para celebrar otros actos jurídicos, ya que la capacidad para celebrar cualquier acto jurídico se adquiere con la mayoría de edad, o sea a los dieciocho años, y la capacidad para otorgar testamento se adquiere a los dieciséis, con excepción del testamento ológrafo que como mencionamos arriba, sólo lo pueden otorgar los mayores de edad. La minoría de dieciséis años es una restricción a la personalidad jurídica, por lo cual, el que se encuentre en este supuesto no puede otorgar testamento; ante esta imposibilidad sólo puede transmitir su caudal hereditario mediante la sucesión legítima; tampoco los menores de dieciséis años pueden ser testigos del testamento. Otra restricción para testar consiste en la incapacidad por enajenación mental, sin embargo, de conformidad con el artículo 1307, es válido el testamento que otorguen en un intervalo de lucidez. Tampoco puede el disminuido o perturbado en su inteligencia, como les llama ahora el Código, ser testigo en el otorgamiento de un testamento.

Por capacidad para heredar debemos entender la aptitud jurídica para adquirir bienes o derechos por medio de una herencia o legado, esta aptitud o capacidad es la regla general, ya que la tiene toda persona excepto las señaladas expresamente por la ley a través del artículo 1313 del Código Civil: "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.

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. El testador puede disponer de sus bienes a título universal o a título particular, en el primer caso las personas por él designadas se llaman herederos, en el segundo, legatarios; y la designación de la persona o personas que deberán sucederle se llama institución de herederos o legatarios, según el título con que adquieran.

Cuando el testamento no contenga institución de heredero, o cuando el nombrado no acepte la herencia o cuando sea incapaz, deberá, en todo caso, cumplirse con las demás disposiciones testamentarias hechas conforme a la ley, e incluso en cuanto a los bienes que el testador no hubiere dispuesto o el instituido no aceptara, se abrirá la sucesión legítima. Los herederos instituidos sin designación de la parte que a cada uno corresponda, deberán heredar por partes iguales, y el heredero que es instituido en cosa cierta y determinada debe tenerse por legatario.

Para la validez de la institución de heredero, así como para la interpretación que debe hacerse de la misma, se deben acatar diversas reglas, a saber:

- a) El testador deberá designar al heredero por su nombre y apellidos y en caso de que haya dos que los tengan

iguales, deberá señalar alguna circunstancia por la que se pueda conocer quién es el instituido.

- b) Cuando el testador omite el nombre del instituido, pero se haga la designación de modo tal que no pueda dudarse quién es el favorecido, la institución será válida.
- c) El error en el nombre, apellidos o cualidades del heredero no vicia su institución, cuando por otro medio pueda determinarse con certeza quién es el nombrado.
- d) Si entre personas del mismo nombre y apellido hay igualdad de circunstancias, a tal grado que no se pueda distinguir quién es el instituido ninguno será heredero.

En conclusión el legislador exige que la institución de herederos o legatarios se haga en términos claros y precisos de tal forma que no pueda haber duda de quién es el instituido, ya que si éste no puede ser determinado, la institución será nula.

I.2.3 FORMA DE LOS TESTAMENTOS.

En este apartado analizaremos los dos tipos de testamento que prevé nuestra legislación; estos son los ordinarios y los especiales.

El testamento, como acto jurídico, requiere para su validez, del cumplimiento de las formalidades que establece la ley.

Por otro lado, la forma en estos supuestos, es la manera en que debe externarse la voluntad de quien celebra un acto jurídico, conforme lo disponga o permita la ley.

Los actos jurídicos en cuanto a su forma se clasifican en tres grupos: los consensuales, los formales y los solemnes. Es consensual cuando el negocio se perfecciona con el mero consentimiento de las partes sin que para su validez se requiera formalidad alguna; el acto jurídico es formal cuando el negocio requiere para su validez la forma escrita conforme lo estipule la ley; por último, el acto es solemne cuando requiere de una formalidad escrita especial, pero de rango tal que si llega a faltar, el negocio jurídico no llega a existir.

En ciertos casos, la ley exige el cumplimiento de formalidades especiales por ella impuestas, no sólo para la validez del acto sino para su existencia, en este caso se dice que es un acto solemne.

En la actualidad se discute si el testamento es un acto solemne o un acto formal, ni la doctrina ni la legislación se han puesto de acuerdo, pero una cosa es muy cierta, en cuanto a la forma en que debe otorgarse el testamento debe ser de las expresamente señaladas por la ley, ya que de lo contrario el acto, según algunos autores, lo consideran como inexistente; por lo cual se le tiene como un acto jurídico solemne. Una vez otorgado el testamento en cualquiera de las formas contempladas por la ley,

se deben cumplir las formalidades exigidas para ese testamento, bajo pena de nulidad.

Decíamos en un principio que el Código clasifica a los testamentos en ordinarios y especiales, esto es en cuanto a la forma que presentan. Los testamentos ordinarios son los que se otorgan en situaciones normales y por lo mismo están revestidos de un mayor número de formalidades, además la duración de esta clase de testamentos es indefinida.

Los testamentos especiales, a contrario sensu, por ser otorgados en circunstancias de emergencia, requieren para su validez de un número menor de formalidades, y por la misma razón su vigencia o duración es determinada, treinta días contados a partir del momento en que cesa la situación de emergencia que les dio origen.

La ley señala cuáles son las formalidades que deben acatar los testamentos en general, y después hace un análisis de los requisitos exigidos para cada testamento en particular.

El tipo de testamento ordinario se clasifica, a su vez, en público abierto, público cerrado, ológrafo y por decreto que reformó algunas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de 6 de enero de 1994, se agregó el público simplificado. Estas formas de testamento establecidas por el legislador, no tienen ningún orden jerárquico entre sí. Se puede por ejemplo revocar en forma ológrafa un testamento notarial. En realidad, cualquier testamento puede ser revocado por otro, sin consideración a la forma que ambos revistan. Negar esto, equivaldría a oponer un obstáculo injustificado a la efectividad del principio legal de la revocabilidad de los testamentos, admitido por la legislación.

El tipo de testamento especial se divide a su vez, en privado, militar, marítimo y hecho en país extranjero.

Como introducción a este tipo de testamento, podemos señalar, independientemente de la explicación de cada uno en líneas posteriores, que el testamento privado se otorga cuando el testador es atacado de una enfermedad violenta y grave por lo cual no da tiempo para que acuda ante notario a hacer el testamento, o cuando no haya notario o juez que actúe por receptoría, o cuando habiéndolos no les sea posible acudir a su otorgamiento.

El testamento militar se otorga por un militar que entra en acción de guerra o se encuentra herido sobre el campo de batalla.

El testamento marítimo se puede otorgar por aquellos que se encuentren en alta mar, a bordo de navíos de la Marina Nacional, sea de guerra o mercante.

El testamento hecho en país extranjero es el que se otorga por mexicanos que se encuentren en el extranjero, o los que tengan bienes en la República Mexicana, y sólo producirán efectos en el Distrito Federal cuando hayan sido formulados de acuerdo a las leyes en que se otorgaron.

Los amanuenses o escribientes del notario no pueden ser testigos del testamento, tampoco pueden ser testigos los menores de dieciséis años, en virtud de que carecen del discernimiento suficiente para darse cuenta de la importancia del acto. Asimismo, no pueden ser testigos los que no estén en su sano juicio, ya que legalmente son incapaces, así como los ciegos, sordos o mudos, los que no entiendan el idioma que habla el testador, los herederos o legatarios, sus ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos, ya que se consideran interesados y por lo tanto susceptibles de infidelidad.

Tampoco podrán ser testigos en el acto de otorgamiento de un testamento, los que hayan sido condenados por el delito de falsedad. En caso de que una de estas personas llegare a ser testigo, la ley sanciona con la nulidad de la institución a su favor, permaneciendo válido el resto del testamento.

Cuando el testador no conozca el idioma del país, un intérprete nombrado por el mismo testador concurrirá al acto y firmará el testamento, de esto nos habla la Ley del Notariado para el Distrito Federal en su artículo 107, en el cual se señala que: "Los comparecientes que no conozcan el idioma español o que declararan ante el notario que su conocimiento del mismo no es suficiente para discernir jurídicamente sus obligaciones, se asistirán por un intérprete nombrado por ellos; en este caso los demás comparecientes tendrán el mismo derecho. Los intérpretes deberán rendir ante el notario protesta de cumplir lealmente su cargo". Es también un requisito esencial de todo testamento la identidad. Debe hacerse constar en el testamento que tanto el notario como los testigos se han cerciorado de algún modo de la identidad del testador. La ley trata de evitar con ello la suplantación de la persona del testador. Asimismo, debe hacerse constar en el testamento la capacidad del testador y el hecho de que éste se encuentre libre de toda coacción. En relación con la figura de la identidad, la Ley del Notariado para el Distrito Federal en su artículo 104 establece lo siguiente:

"El Notario hará constar la identidad de los otorgantes por cualquiera de los medios siguientes:

- I. Por la certificación que haga de que los conoce personalmente en términos del artículo 102, fracción XX, inciso a), de esta Ley. Para ello bastará que el Notario los reconozca en el momento de hacer la

- escritura y sepa su nombre y apellidos, sin necesidad de saber de ellos cualquier otra circunstancia general;
- II. Por certificación de identidad con referencia en términos del artículo citado, con base a algún documento oficial con fotografía, en el que aparezca el nombre y apellidos de la persona de quien se trate o el documento de identidad que llegaren a autorizar las autoridades competentes;
 - III. Mediante la declaración de dos testigos idóneos, mayores de edad, a su vez identificados por el Notario conforme a alguna de las fracciones anteriores, quien deberá expresarlo así en la escritura. Los testigos en cuanto tales están obligados a asegurar la identidad y capacidad de los otorgantes, y de esto serán previamente advertidos por el Notario; deberán saber el nombre y apellidos de éstos, que no han observado en ellos manifestaciones patentes de incapacidad natural y que no tienen conocimiento de que están sujetos a incapacidad civil; para lo anterior el Notario les informará cuáles son las incapacidades naturales y civiles, salvo que el testigo sea perito en Derecho. Igualmente les informará su carácter de testigos instrumentales y las responsabilidades consiguientes. En substitución del testigo que no supiere o no pudiese firmar, lo hará otra persona que al efecto elija el testigo, imprimiendo éste su huella digital. La certificación y consiguiente fe del Notario siempre prevalecerá sobre la de los testigos en caso de duda suscitada posteriormente salvo evidencia debidamente probada que supere toda duda al respecto. En todo

caso, el Notario hará constar en la escritura el medio por el que identificó a los otorgantes. Tratándose de testigos, si alguno no supiere o no pudiere firmar, imprimirá su huella digital y firmará a su ruego la persona que aquél elija.”

A su vez, el artículo 105 de la misma ley, prescribe:

“Art. 105.-Para que el notario haga constar que los otorgantes tienen capacidad bastará con que no observe en ellos manifestaciones de incapacidad natural y que no tenga noticias de que estén sujetos a incapacidad civil.”

Si la identidad del testador no pudiere ser verificada, se declararía esta circunstancia por el notario o por los testigos, en su caso, agregando uno u otros, todas las señales que caractericen la persona de aquél, el propio Código señala que mientras no se justifique la identidad del testador, el testamento no tendrá validez.

El notario ante el que se hubiere otorgado el testamento, deberá dar aviso a los interesados, tan pronto sepa de la muerte del testador; si no hace dicha notificación, deberá reparar los daños e indemnizar los perjuicios que la demora ocasione. También en el caso de que cualquiera que tenga en su poder un testamento, debe dar aviso a los interesados, luego que se entere de la muerte del testador, si no lo hace será responsable de la reparación de los daños y deberá indemnizar los perjuicios que la dilación ocasione, por supuesto que está incluido el albacea que ha sido nombrado en testamento y lo tiene en su poder, el cual debe presentarlo dentro de los ocho días siguientes a la muerte del testador. Cuando los interesados se encuentren ausentes o son desconocidos, la noticia se dará al juez, el cual luego de que tenga conocimiento de la muerte de una persona,

conforme al artículo 769 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, dictará con audiencia del Ministerio Público, mientras no se presenten los interesados, las providencias necesarias para asegurar los bienes, y si el difunto no era conocido o estaba de transeúnte en el lugar, o si hay menores interesados, o peligro de que se oculten o dilapiden los bienes.

El testamento público abierto es el que se otorga ante notario, de conformidad con las disposiciones que señala el Código Civil. Antes del decreto publicado el 6 de enero de 1994 en el que aparecieron algunas reformas al Código en comento, se exigía la presencia de tres testigos idóneos, pero en realidad como el notario goza de fe pública no necesita de otras personas que coautoricen el instrumento y el acto quede de este modo autenticado. Las formalidades del testamento público abierto son:

1. El testador manifiesta de modo claro y terminante su voluntad al notario. Será 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.
2. El notario redactará por escrito las cláusulas del testamento en su protocolo, sujetándose estrictamente a la voluntad del testador. Este requisito no debe interpretarse en el sentido de que el notario materialmente escriba dichas cláusulas ya que pueden ser escritas por el amanuense de la notaría bajo la supervisión del notario. Se prohíbe a los notarios o a las personas que los auxilien en la redacción de última voluntad dejar hojas en blanco y servirse de abreviaturas o cifras.

3. El notario leerá en voz alta el texto redactado. El notario explicará a los comparecientes el valor y consecuencias legales del instrumento.
4. Si el testador estuviere conforme con lo leído, firmarán, desde luego, la escritura el testador, el notario, y, en su caso, los testigos y el intérprete, asentándose el lugar, año, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado.
5. Las formalidades mencionadas deberán practicarse en un solo acto que comenzará con la lectura del testamento y el notario dará fe de haberse cumplido todas.

En caso que el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento; que fuere enteramente sordo, pero sepa leer; cuando sea ciego, o no pueda o no sepa leer; así como cuando el testador o el notario lo soliciten, dos testigos deberán concurrir al acto de otorgamiento y firmar el testamento.

A este tipo de testigos el propio Código los denomina instrumentales, y pueden intervenir además, como testigos de conocimiento. La intervención de los testigos en estos casos no tiene finalidad probatoria, sólo se trata de un elemento esencial del acto, cuya falta determina la nulidad. Esto es, en sustitución del otorgante del testamento que no supiere o no pudiese firmar, lo hará uno de los testigos que al efecto elija el testador, para que firme a su ruego, y aquél imprimirá, a su vez, su huella digital. En el caso de que el testador sea sordo, pero sepa leer, él mismo dará lectura al testamento, pero si no supiere leer lo hará la persona que él designe. Para el caso de que el testador sea ciego, o no pueda o no sepa leer, se dará lectura al testamento dos veces: una por el notario, y otra, por uno de los testigos u otra persona que el testador designe.

Cuando el testador no conozca el idioma español, escribirá el testamento y un intérprete lo traducirá para pasarlo al protocolo del notario, el original firmado por el testador y el intérprete se anexará en el apéndice correspondiente. Si el testador tampoco supiere escribir, dictará el testamento al intérprete, quien lo escribirá y luego le dará lectura para que el testador, si está conforme, lo firme. Otro requisito que deben revestir estos testamentos es el de la continuidad en el acto de la celebración del testamento, esto significa que el testamento debe otorgarse en un solo acto, sin que pueda suspenderse o interrumpirse. Aún cuando la escritura testamentaria contenga varios actos jurídicos, este precepto ordena que las formalidades que se deben acatar para su extensión, deberán practicarse sin interrupción. En caso de que faltare alguna de las solemnidades referidas, 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.

El testamento público cerrado es el que se escribe en papel común por el testador o por otra persona a su ruego, cuyas hojas se rubrican y se firman al calce, ya sea por el propio testador o por la persona que intervenga a su ruego, y una vez cerrado y sellado, se exhibe al notario en presencia de tres testigos. El artículo 1522 del Código Civil exige que el testador rubrique y firme al calce del testamento todas las hojas, ya sea que estén escritas de su mano o de la de otro a su ruego. En el caso de que el testador no supiere o no pudiese rubricar todas las hojas y firmar al calce del testamento, 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. Es por ello que luego que el juez reciba un testamento cerrado, hará comparecer al notario y a los testigos que concurrieron a su otorgamiento. El testador cerrará y sellará el pliego que contenga sus disposiciones, o el papel que le sirva de cubierta, o en su caso, lo hará cerrar y sellar el testador en el acto del otorgamiento, exhibiéndolo al notario en presencia de tres testigos. El testador al hacer la presentación del testamento cerrado, declarará que en aquel pliego está contenida su última voluntad, escrita y firmada por él o escrita por otro, pero con la firma del testador. En la cubierta del testamento el notario levantará un acta en la que conste que se cumplieron con todas las formalidades mandadas por la ley, y la declaración del testador en el sentido de que ese sobre contiene la última voluntad del testador. Cuando alguno de los testigos no supiere firmar, firmará otra persona en su nombre y su presencia, de modo que deberá constar la firma de tres testigos. Cuando el testador haga la presentación del testamento y no pudiere firmar en el sobrescrito o cubierta, por algún impedimento que le sobrevenga, lo hará entonces otra persona en su nombre y en su presencia, haciéndose mención de la declaración que haya hecho y de su ruego a otra persona para que firmara a su nombre, pero no debe hacerlo ninguno de los testigos. Solamente en casos de suma urgencia puede firmar uno de los testigos, ya sea por aquél que no sepa hacerlo o por el testador. En tales casos, el notario hará constar expresamente esta circunstancia, bajo la pena de suspensión de oficio por tres años.

El que no sabe leer o escribir es incapaz de otorgar esta clase de testamento.

El sordomudo que no pueda hablar y oír, pero sí escribir, podrá hacer testamento cerrado, observándose lo siguiente:

1. El testamento debe estar enteramente escrito y firmado de su propia mano, con expresión del lugar, año, mes y día.
2. El testador presentará el pliego cerrado al notario ante cinco testigos, y en la cubierta escribirá en presencia de todos, que aquel pliego contiene su última voluntad.
3. El notario extenderá en seguida el acta, haciéndose constar que el testador escribió esas palabras en presencia del notario y los testigos.

En caso de que el testador sea mudo o sordo únicamente, se exige que el testamento sea firmado por él, sujetándose además a las solemnidades precisadas para esta clase de testamentos por el Código.

Cuando el testamento cerrado carezca de alguna de las formalidades previstas por el Código, quedará sin efecto y el notario será responsable de los daños y perjuicios causados e incurrirá, además en la pena de pérdida de oficio. Una vez cerrado y autorizado el testamento, el notario lo entregará al testador y levantará un acta en el protocolo en la que conste el lugar y la fecha de su otorgamiento, así como la razón de que el testador se encontraba en su cabal juicio. En este caso, no se anulará el testamento debido a la negligencia del notario, sino que a éste se le sancionará con la pena de suspensión de seis meses. El testador podrá guardar el testamento o dárselo a una persona de su entera confianza, también podrá depositarlo en el archivo judicial. Cuando el testador elija depositar su testamento en el archivo judicial, el depósito se efectuará presentándose el testador ante el encargado del archivo, con el sobre que contenga su última voluntad, aquél asentará 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. El depósito del testamento en el archivo judicial, lo puede llevar a cabo el testador en persona o por medio de representante debidamente autorizado. El testador puede retirar en cualquier tiempo su testamento, pero para que opere su devolución deberán seguirse las mismas solemnidades que para su entrega. El poder para la entrega y para la extracción del testamento, debe otorgarse en escritura pública, y esta circunstancia se hará constar en la nota respectiva. Luego que el juez reciba un testamento cerrado, hará comparecer al notario y a los testigos que concurrieron a su otorgamiento. El testamento deberá ser abierto por el juez que conozca de la sucesión y una vez que el notario y los testigos, si fuere posible, hayan reconocido sus firmas y la del testador y declarado si el sobre se encuentra en las condiciones en que se encontraba al momento del otorgamiento. Cuando no fuere posible que comparezcan todos los testigos por estar ausentes, enfermos o por haber muerto alguno de ellos, la audiencia se celebrará con los testigos presentes y con el notario. Si por ausencia, enfermedad o por haber muerto, no pudieren comparecer el notario y la mayor parte de los testigos o ninguno de ellos, el juez deberá recibir información testimonial para que las personas que conozcan las firmas de aquellos que intervinieron como testigos y del notario, declaren si en su concepto esas firmas son auténticas y si las personas mencionadas se encontraban en el lugar y en la fecha que conste en la cubierta del testamento cerrado.

Una vez que el juez acate las formalidades antes mencionadas, y una vez demostrada la autenticidad del sobre, cerciorándose

de que no ha sido abierto o en alguna forma violado, ordenará la publicación y protocolización del testamento. Esta clase de testamento 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.

Toda persona que tuviese en su poder un testamento cerrado y no lo presente a los interesados luego que sepa de la muerte del testador, o lo sustraiga dolosamente de los bienes del finado, incurrirá en la pena, si fuere heredero por intestado de la pérdida del derecho que pudiera tener, independientemente de las penas que le correspondan como reo del delito de robo.

El testamento ordinario público simplificado fue introducido en el Código Civil, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 6 de enero de 1994.

Ernesto Gutiérrez y González critica esta forma de testar, diciendo que no es sino una cláusula de sucesión en un contrato de adquisición de un inmueble a título oneroso, agregando a su crítica que en cierto periodo preguntó a más de 10 notarios públicos del Distrito Federal, si habían intervenido en el otorgamiento de algún testamento de este tipo, y que todos en forma unánime le habían dicho que se negaban a hacer estupideces de ese tamaño, y de tales absurdos jurídicos.³⁷

Acosta Romero señala al respecto: "Es lamentable que esta clase de testamento sólo se refiera a casas de interés social, porque parecería buena idea que se hubiera referido a los testamentos en general y no queda claro porque se confunde con el legado."³⁸

³⁷ Gutiérrez y González, Ernesto, op. cit., pág. 180.

³⁸ Acosta Romero, Miguel, op. cit., pág. 203.

El testamento ológrafo será estudiado en el capítulo que sigue, toda vez que se trata del elemento clave para la elaboración del presente trabajo.

Los testamentos especiales son como ya dijimos, de cuatro clases, esto es, tenemos el privado, el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero. Este tipo de testamentos sólo pueden otorgarse en los casos de emergencia previstos por la ley. Otra característica de ellos es que caducan a los treinta días contados a partir del momento en que cesa la situación de emergencia. Aun cuando las formalidades que se establecen para estos testamentos son mínimas, deben cumplirse so pena de nulidad del testamento.

El testamento privado recibe este calificativo porque no se otorga ante un funcionario público. Puede ser escrito u oral.

El testamento privado está permitido en los casos en que el testador es atacado por una enfermedad repentina, violenta y grave, por la cual se hallare en peligro inminente su vida, y que no dé tiempo a que acuda a él notario alguno a autorizar su testamento. Podrá asimismo, testar de manera privada, aquel que se encuentre en una población incomunicada en donde no haya notario, o juez que actúe por receptoría; o cuando habiéndolos, les sea imposible concurrir a su otorgamiento. Igualmente procede el testamento privado cuando los militares entren en campaña o se encuentren prisioneros de guerra.

Este tipo de testamentos se presta a abusos y a litigios innumerables, porque por ejemplo una persona que ha sido atropellada, los testigos pueden llegar a asegurar que, la víctima, en su agonía, dejó como heredero a algún amigo de ellos. El testamento privado sólo puede tener cabida cuando exista imposibilidad de que su autor realice un testamento ológrafo.

Este tipo de testamento deberá otorgarse en presencia de cinco testigos idóneos. Para saber qué son testigos idóneos, en principio diremos que no pueden ser testigos del testamento los amanuenses del notario que lo autorice; los menores de dieciséis años; los que no estén en su sano juicio; los ciegos; los sordomudos; los que no entiendan el idioma que habla el testador, los herederos o legatarios, sus descendientes, ascendientes, cónyuge o hermanos; los que con arreglo a la ley penal hayan sido inhabilitados, por sentencia ejecutoriada, para ser testigos debido al delito de falsedad en que incurrieron. Por exclusión serán testigos idóneos todos aquellos que no se encuentren en estos supuestos.

No es necesario redactar de manera escrita el testamento, cuando ninguno de los testigos sepa escribir y en los casos de suma urgencia. En estos últimos basta la presencia de tres testigos idóneos. El testamento privado sólo surte 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. El testamento privado requiere para su validez que los testigos fueren idóneos y que estuvieren conformes en cuanto al lugar, hora, día, mes y el año en que se otorgó el testamento; si reconocieron, vieron y oyeron claramente al testador; el tenor de la disposición; si el testador estaba en su cabal juicio y libre de cualquier coacción; el motivo por el cual otorgó este tipo de testamento, y si saben que el testador falleció o no de la enfermedad, o en el peligro en que se hallaba. El testamento privado será válido cuando el juez así lo declare, y lo declarará a petición de parte y escuchando la declaración de los testigos respecto a las circunstancias y motivos anteriormente señalados. A esta declaración deberán concurrir todos los testigos, pero si

alguno murió después del testador o está ausente, bastará con la declaración de por lo menos tres testigos. Cuando un testigo no compareciere por haber muerto, o por alguna enfermedad o impedimento, bastará que se presenten tres testigos, y que el testimonio que depongan sea manifiestamente "conteste" y "mayores de toda excepción". Testigo conteste es aquel testigo que contesta lo mismo que ha declarado otro testigo, sin que haya discrepancia sustancial entre las dos declaraciones. Cuando el lugar donde radiquen o se encuentren los testigos no corresponda a la jurisdicción del juez que conoce del juicio sucesorio, se librará exhorto al juez del lugar para que sean examinados a través de él. El exhorto es el oficio que un juez o tribunal libra a otro de igual categoría a la suya y en que le pide practique alguna notificación, embargo, o en general cualquier especie de diligencia judicial que debe tener lugar dentro de la jurisdicción del juez exhortado.

Por lo que respecta al testamento militar, Acosta Romero³⁹ comenta que por derecho de partidas, los soldados podían hacer su testamento hallándose en campaña en presencia de dos testigos, y estando en peligro de muerte por salir heridos de alguna función bélica, o ir a entrar en ella, como quisiesen o pudiesen, por escrito o de palabra, escribiéndolo con su sangre en escudo, armas, o en donde les pareciese, y de cualquier suerte era válido pudiendo probarse con dos testigos presenciales, y no de otra manera.

Por su parte el artículo 1579 del Código Civil determina 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

³⁹ *ibid*, pág. 221.

testigos, o que entregue a los mismos el pliego cerrado que contenga su última disposición, firmada de su puño y letra. Esto se hace extensivo para los prisioneros de guerra. Los testamentos otorgados por escrito, deberán ser entregados, luego que muera el testador, por aquel en cuyo poder hubieren quedado, al jefe de la corporación, quien lo remitirá al Secretario de la Defensa Nacional, y éste a la autoridad judicial competente. Si el testamento se otorga de palabra, los testigos instruirán de él desde luego al jefe de la corporación, quien dará parte en el acto al Secretario de la Defensa Nacional, y éste a la autoridad judicial competente, a fin de que proceda conforme lo disponga la ley.

Con respecto al testamento marítimo, éste se otorga en una situación de emergencia, cuando el testador se encuentra en alta mar, a bordo de navíos de la Marina Nacional, sea de guerra o mercante. Debe ser escrito en presencia de dos testigos y del capitán del navío, y será leído, datado y firmado como lo disponen los artículos 1512 al 1519 del Código Civil, pero en todo caso deberán firmar el capitán y los dos testigos. Si el capitán del navío es el que otorga testamento, deberá sucederle en el mando el que le sigue en el orden del servicio.

El testamento marítimo debe hacerse por duplicado, y se debe conservar entre los papeles más importantes de la embarcación, haciéndose mención de él en el rol del buque. Si el buque llega 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. Al regresar el buque a la República Mexicana, se entregará el otro ejemplar o ambos, si no se dejó alguno en otra parte, a la

autoridad marítima del lugar. Al hacer el capitán de la embarcación la entrega del ejemplar, o en su caso, de ambos testamentos, recabará el recibo de dicha entrega y a su vez la anotará en el rol del buque. Los agentes diplomáticos, cónsules o las autoridades marítimas, levantarán, luego que reciban los ejemplares referidos, un acta de entrega y la remitirán con los citados ejemplares lo más brevemente posible, a la Secretaría de Relaciones Exteriores la cual a su vez la enviará al Gobierno del Distrito Federal, el cual hará publicar en la Gaceta Oficial la noticia de la muerte del testador, para que los interesados promuevan la apertura del testamento.

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 extranjera, haya podido ratificar u otorgar de nuevo su última disposición.

El testamento hecho en país extranjero produce efecto en el Distrito Federal cuando haya sido formulado de acuerdo con las leyes del país en que se otorgaron. Podrán autorizar este testamento especial los secretarios de legación, los cónsules y los vicecónsules, quienes tendrán funciones notariales, en los casos en que las disposiciones testamentarias deban tener su ejecución en el Distrito Federal, observándose por ello las formalidades prescritas en el Código Civil. Si el testamento fuese ológrafo, es decir, aquél escrito por un mayor de edad, de su puño y letra, el funcionario que intervenga en su otorgamiento, lo remitirá por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores, en el plazo de diez días, al encargado del Archivo General de Notarías para su depósito. Cuando el testamento fuere confiado a la guarda del secretario de legación, cónsul o vicecónsul, ante

quien se haya otorgado, el funcionario hará mención de esta circunstancia y extenderá recibo de la entrega. El papel en que se extiendan los testamentos otorgados ante los agentes diplomáticos o consulares, llevará el sello de la legación o consulado respectivo.

El objetivo planteado al principio de este capítulo a llegado a buen fin, ya que la información que lo integra ha sido desencadenada con puntualidad y diligencia, esperando producir en el ánimo de mis sinodales el interés que para un servidor ha provocado la elaboración del presente trabajo de continuar con su análisis.

La secuencia que hemos querido encaminar para el siguiente capítulo aborda directamente el tema medular de nuestro trabajo, esto es, el Testamento Ológrafo.

CAPITULO II.

DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO.

2.1 CONCEPTO Y EVALUACIÓN.

En este Capítulo y más concretamente en este apartado, nos disponemos a evaluar el concepto de testamento ológrafo, conociendo los pormenores que lo originaron y su evolución hasta nuestros días, estudiaremos la importancia que reviste el acto de su depósito en el Archivo General de Notarías según la Ley del Notariado del Distrito Federal; guiándonos con la doctrina jurídica, conoceremos las ventajas y desventajas que reporta esta clase de testamento. Dentro del apartado 2.2 haremos de su haber al sinodal y a quien nos haga el honor de leernos el concepto de la declaración de ser formal el testamento ológrafo, expondremos también para mejor ilustrar, un modelo de audiencia por la cual se declara formal a este tipo de testamento. En el apartado 2.3 se ilustrará el concepto de la declaración de ser válido el testamento ológrafo con un modelo de audiencia por la cual se declara válido al mismo. En el apartado 2.4 trataremos las diferenciaciones existentes según nuestro criterio, entre declarar formal y declarar válido al testamento ológrafo; y para concluir este capítulo, abriremos un subapartado al punto 2.4, en el que trataremos una relación que pudiera darse entre los ordenamientos consagrados en los artículos 882 y 790 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, la cual nos proponemos desvirtuar con la información en ese mismo subapartado contenida.

La actuación del pretor romano dentro del marco del derecho testamentario se inicia con un relajamiento en cuanto a la forma necesaria que debe revestir el acto de última voluntad, la cual queda concretada en la necesidad de que el mismo sea escrito.

Pero esto no quiere decir que la forma misma desaparezca, pues el testamento ha sido y es siempre un acto formal; lo que ocurre es que la estructura del acto ha cambiado, pues se ha pasado de un formalismo interno a otro externo, respecto del cual los testigos cumplen una función consistente en dar publicidad y certeza al acto. Este proceso de relajación afecta a la forma en un doble sentido: en cuanto a la forma interna culmina con el emperador Constancio que en el año 339 suprimió para los testadores y no sólo para los padres a favor de los hijos la solemnidad de la institución de heredero dentro del contenido del testamento, no siendo necesario desde entonces que la misma sea establecida con palabras solemnes y encabezando el acto; basta con que sea hecha, cualesquiera que sean los términos que en su descripción haya hecho el testador. En cuanto a la forma externa, ya es en época clásica cuando los emperadores, haciendo frecuente uso de su facultad de legislar, al mismo tiempo que van suprimiendo requisitos ya caducos en la forma testamentaria –a lo que se había llegado en parte por la extensión territorial del Imperio romano y la consiguiente concesión de la ciudadanía romana a todos los habitantes del mismo,⁴⁰ lo cual tiene lugar en tiempos del emperador Caracalla-, van creando otros nuevos, perfilándose poco a poco el carácter del testamento ológrafo.

El nacimiento de esta forma de testar no tiene lugar de una manera esporádica, sino que, por el contrario, respeta todos los demás requisitos necesarios para el testamento pretorio referentes al contenido del mismo; sin embargo, la nota excepcional que presenta su aparición en relación con el testamento del *lus honorarium* hace únicamente referencia a la

⁴⁰ Todos los habitantes del Imperio romano pueden testar, lo cual deja de ser

forma externa del acto.⁴¹ Así, esta forma ológrafa toma del testamento pretorio la necesidad de que las *tabulae* en la que se haya contenida la disposición de última voluntad sean escritas por el causante, estando la diferencia, entre ambos, en que no es necesario que en el ológrafo esas *tabulae* estén firmadas con la suscriptio y los sellos de siete testigos.⁴² Este testamento presenta como notas características la de ser un acto escrito, siendo ya indiferente en que lengua lo sea, pues deja de ser necesario que se haga en latín –este requisito de escribir en latín desapareció completamente en tiempos de Teodosio II–; de contenido secreto, pues es únicamente el causante de la persona que interviene en el acto de otorgamiento –hasta el momento de su apertura y publicación–, siendo necesario que esté firmado por el propio testador.

Es el emperador Valentiniano III el que, apoyado en el respeto absoluto que se debe dar a la voluntad del testador y tendiendo a mantener firme la institución de heredero y dando a los aspectos del formalismo externo una importancia relativa, sanciona como válida dicha institución de heredero y con ella admite una nueva forma de testar en el ámbito del ordenamiento jurídico romano, fundándose para el, sin duda alguna, en que la autobiografía del testamento por la misma testadora es prueba suficiente de que ha existido libertad en cuanto a la designación en él contenida y voluntad en hacer dicha designación.

solo un privilegio de los que viven dentro del *ius civile*.

⁴¹ No es necesaria la presencia de ningún testigo.

⁴² La suscriptio consistía en la imposición de los nombres de esos testigos, acompañados de la fórmula *suscripsi*. Ella fue de uso general ya en el siglo IV, apenas desaparecida la costumbre de valerse del documento nacional redactado sobre tablillas de cera e iniciada la utilización de las redacciones helénicas sobre pergamino o papiro. En Roma se recibió la suscriptio, pero no era, al parecer, necesariamente autógrafa. En el Imperio bizantino, por el contrario, se generalizó la costumbre de escribir y surgió la suscriptio, que

La consagración jurídica de esta forma testamentaria tiene lugar por la Novela 21,2,1 del año 446 de los emperadores Teodosio II y Valentiniano III, a partir de la cual, junto a las otras formas de testamento escrito que estaban en vigor en el Derecho romano, ha de situarse también a esta forma ordinaria y escrita de testar, la cual tiene de ventaja, frente a las demás formas, que el testador puede hacerlo en cualquier momento sin necesidad de recurrir a los testigos; sin embargo, para su otorgamiento se debía exigir un requisito demasiado raro para la época en la cual se estableció esta forma nueva, que era el que se supiese escribir. Esta forma supone el conocimiento de la escritura, la cual no estaba al alcance de todos.

Los orígenes del testamento ológrafo en el Derecho francés hay que buscarlos partiendo de dos supuestos: en uno hay que acudir al tiempo, remontándonos hasta el siglo XV, y el otro en cuanto al espacio, y es que hay que limitarnos al Derecho de aquellas regiones en las cuales se aplicaba el "droit coutumier". La importancia que tuvo el testamento en ambas regiones en que se encontraba dividida Francia en cuanto a la aplicación del Derecho -regiones sometidas al droit coutumier y regiones en las cuales se aplicaba el droit écrit-, está sin duda en relación con la finalidad que en ambos Derechos el testamento cumplía.

En las regiones donde se aplicaba el droit écrit siguiendo los modelos romanos, el testamento fue siempre una institución en ellas reconocida, pues a pesar de las invasiones de los pueblos bárbaros siguieron rigiéndose por las normas del Derecho romano. En dichas regiones el uso del testamento, así como su importancia, está en razón de que por medio de este acto el causante podía designar a su heredero, y en cuanto a la

eran unas palabras de puño y letra del autor que resumían el contenido del

disposición de los bienes, salvado el instituto de las legítimas a favor de unos determinados herederos, tenía el causante plena libertad en su designación. Por el contrario, en las regiones de *droit coutumier* la finalidad del testamento se centra en ser un medio únicamente de disposición de bienes, y esto con carácter restringido, de ahí que tuviera su origen en una época tan tardía y nunca tuviera la importancia que tuvo en estas otras regiones de *droit écrit*. Este carácter restringido en cuanto al contenido del acto testamentario está en relación con dos hechos: en primer lugar, dada la importancia que la familia tenía dentro de la sociedad de los pueblos francos de puro origen germánico, implicaba que no fuera posible designar a un heredero a la muerte de los miembros de dicha familia, y esta consideración de la familia lleva consigo al mismo tiempo el que uno de los principios en la sucesión de los bienes fuera que a la muerte de una persona se abriera una pluralidad de sucesiones a sus bienes, principio mantenido hasta la Revolución Francesa, y solamente de una parte de estos bienes se podía disponer por testamento.

Fue la Iglesia la que contribuyó a que la costumbre iniciada de hacer testamento echara raíces entre los francos y la que origina debido a su carácter liberal en esta materia, la aparición de la forma ológrafa. En tiempos de Carlomagno el testamento era desconocido por lo general en el norte y centro de Francia, siendo la Iglesia la que considerando a éste como una obra satisfactoria, como un efecto de la confesión y remedio para la penitencia, fue imponiendo la obligación de testar a los moribundos, ya que esto llevaba como consecuencia el que ella quedara como destinataria de parte de los bienes. Para facilitar

acto.

esta labor se tiende a que estas últimas voluntades sean hechas de cualquier forma siempre que conste de manera clara la manifestación de voluntad, reivindicándose la Iglesia un derecho de jurisdicción en materia testamentaria. Este carácter de acto religioso se pone además de manifiesto por el hecho de que en el Concilio de Narbona de 1227 se priva de sepultura cristiana al intestado, ya que existía una costumbre según la cual la "ausencia de testamento equivalía a la ausencia de confesión".

A fines del siglo XIV, al testamento con fines exclusivamente religiosos va a suceder el de contenido laico, el cual terminará por imponerse, aunque no por eso va a desaparecer el derecho que goza la Iglesia de que parte de los bienes del difunto vengan a ella destinados.

La recepción del Derecho romano canónico no tiene lugar en estas regiones de droit coutumier, debido a que parte de ellas empezaron a redactar sus costumbres, pero esto condujo a que las líneas diferenciales entre el Derecho de ambas regiones fueran mucho más profundas. Dentro de las formas testamentarias hemos de destacar la importancia que tuvo en las mismas la redacción de la costumbre de París de 1580, sin duda por la gran influencia que ejerció sobre las demás, en cuanto a que sirvió de Derecho coutumier, de Derecho supletorio dentro de las demás costumbres de esta región y, por último, sería el centro de todas las tentativas de unificación del Derecho nacional francés. Frente a las excepciones que en materia testamentaria se admiten en el proyecto de la Coutume de París del año 1580 en el sentido de mantener la simplicidad en cuanto a la forma, sin embargo en su redacción no admite estas excepciones favorables, regulándose en el artículo 289 al lado del testamento auténtico, el testamento ológrafo. Siendo esta

costumbre el punto donde se inicia todo el desarrollo del testamento ológrafo hasta su inclusión en el Código Civil Francés.

En vano se intentó por la Ordenanza de 1629 extender dicha forma testamentaria recogida con carácter general en la Costumbre de París y de aplicación a casi todas las regiones de droit coutumier, a las regiones de droit écrit, pues debido a la oposición que encontró no tuvo nunca aplicación. Sin embargo, a la Ordenanza de 1735 le correspondió un éxito mayor. En ella se regula toda la materia relativa a los testamentos, estableciéndose en la misma dos sistemas testamentarios diferentes, uno para cada una de las dos grandes regiones en las cuales se aplicaba un Derecho diferente. Hemos de destacar la consagración que el artículo 1º. de la Ordenanza hace a la escritura, forma que a partir de entonces han de revestir todas las disposiciones mortis causa de cualquier clase que sean. Sin embargo, en las regiones de droit écrit la forma ológrafa fue admitida con carácter restringido para las disposiciones de los ascendientes, a favor de los descendientes, para los militares, para las donaciones hechas a las Iglesias o a los pobres. La forma ológrafa fue aceptada mucho después por Napoleón para toda Francia y se hizo extensivo a todos los que quisieran disponer de sus bienes por acto de última voluntad.

En España el testamento ológrafo fue introducido por el Código civil vigente.

Después de ésta semblanza acerca de los orígenes del testamento ológrafo, cabe hacer destacar que en nuestro país, la exposición de motivos del Código Civil de 1928 señala con relación a esta clase de testamento lo siguiente: "Como novedad en el proyecto de código se adoptó el testamento ológrafo, es

decir, el testamento escrito todo él de puño y letra del testador, sin 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 graves 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 (hoy en día en el Archivo General de Notarías), con la nota puesta por el testador y autorizada por el encargado de la oficina de que el respectivo pliego cerrado contiene el testamento. El otro original debe guardarlo el testador, y también en la cubierta que lo contiene se pondrá la nota utilizada por el registrador de que recibió uno de los originales, del cual es reproducción exacta el que contiene el pliego de que se trata”.

El testamento ológrafo, de “hológrafo” es aquel que se escribe con el puño y letra del testador. El nombre le viene del griego “holos” todo y “grafo” escrito, o sea todo escrito por su autor, manuscrito, de puño y letra del testador. Por ello, el artículo 1550 de Código Civil para el Distrito Federal en su primer párrafo señala que testamento ológrafo es el escrito de puño y letra del testador. En su segundo párrafo establece que si dicho testamento no está depositado en el Archivo General de Notarías, no producirá efecto legal alguno. La importancia que reviste su depósito ante esta Oficina la podemos verificar atendiendo a lo que se refiere la Ley del Notariado para el

Distrito Federal, en los artículos 236 a 247, de la siguiente manera:

"CAPITULO I

Del Archivo General de Notarías del Distrito Federal

Artículo 236.-El Archivo General de Notarías depende de la Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos.

Artículo 237.-El Archivo General de Notarías se constituirá:

- I. Con los documentos que los notarios del Distrito Federal remitan a éste, según las prevenciones de esta ley;
- II. Con los protocolos, que no sean aquellos que los notarios puedan conservar en su poder;
- III. Con los sellos de los notarios que deban depositarse o inutilizarse, conforme a las disposiciones de esta ley; y
- IV. Con los expedientes, manuscritos, libros y demás documentos que conforme a esta ley deba mantener en custodia definitiva.

Artículo 238.-El Consejero Jurídico y de Servicios Legales designará al titular del Archivo, quien ejercerá además de las facultades previstas en otros ordenamientos jurídicos, las siguientes:

- I. Celebrar, previo acuerdo del titular de la Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos, convenios para acrecentar, conservar y difundir el acervo documental del Archivo;
- II. Coadyuvar en todo lo concerniente al ejercicio de la función notarial;
- III. Impulsar la investigación para el proceso de codificación de la normatividad notarial;

- IV. Estudiar y proponer métodos de conservación y respaldo, de la documentación e información que tenga relación con la función notarial;
- V. Expedir y reproducir a solicitud de parte interesada los documentos públicos y privados que obren en los acervos en custodia del Archivo;
- VI. Certificar la documentación solicitada por autoridades judiciales, administrativas y legislativas, así como por los particulares que acrediten su interés legítimo, y que esté en custodia del Archivo;
- VII. Revisar que los libros cumplan con todos y cada uno de los requisitos previstos en esta ley, para su recepción y custodia definitiva;
- VIII. Certificar la razón de cierre con respecto a la revisión previa a la que se refiere la fracción que antecede;
- IX. Custodiar en definitiva el protocolo que contenga la razón de cierre y que deba tener una antigüedad de cinco años a partir de la fecha de la razón;
- X. Recibir para su inutilización los sellos que se hayan deteriorado, alterado o aparecido después de su extravío, así como los que no cumplan con los requisitos previstos en esta ley;
- XI. Recibir los expedientes, manuscritos, libros, folios y demás documentos que conforme a esta ley deban entregar los notarios y que deban custodiarse en el Archivo;
- XII. Devolver a los notarios en los plazos previstos por esta ley, los expedientes, manuscritos, libros, folios y demás documentos que conforme a la misma, no

deban custodiarse en definitiva, después de haber sido dictaminados;

- XIII. Regularizar y autorizar en definitiva, los instrumentos que hubieren quedado pendientes de autorización por parte de un notario;
- XIV. Recibir de los notarios, los avisos de testamento para su depósito y custodia definitiva en el Archivo;
- XV. Recibir, para su depósito y custodia los testamentos ológrafos que presenten los particulares;
- XVI. Rendir información a las autoridades judiciales y administrativas competentes, y a los notarios con respecto a los avisos y testamento ológrafos a que se refieren las dos fracciones que anteceden;
- XVII. Dictaminar y calificar las solicitudes presentadas por los particulares, para determinar la procedencia de un trámite;
- XVIII. Realizar anotaciones marginales de acuerdo a la función notarial, prevista en esta ley;
- XIX. Registrar las patentes de aspirante y de notario, así como los convenios de asociación y de suplencia celebrados entre los notarios;
- XX. Recibir las inspecciones judiciales, cuando la ley así lo permita, y
- XXI. Las demás atribuciones que le confieran las leyes.

Artículo 239.-El Archivo es privado tratándose de documentos que no tengan una antigüedad de más de setenta años, de los cuales a solicitud de persona que acredite tener interés jurídico, de autoridades competentes y de notarios, podrán expedirse copias simples o certificadas, previo pago de los derechos que previene el Código Financiero del Distrito Federal.

Artículo 240.-El Archivo es público tratándose de documentos cuya antigüedad sea de más de setenta años:

- I. Si a la fecha de la consulta o de la petición de que se trate, la antigüedad del documento tiene más de setenta años y menos de cien, su análisis, consulta y reproducción, serán públicos, previo pago de derechos en los términos del Código Financiero del Distrito Federal;
- II. Si a la fecha de la consulta o de la petición de que se trate, la antigüedad del documento tiene más de cien años y menos de ciento cincuenta, los mismos únicamente podrán analizarse y consultarse bajo la supervisión estricta de un historiador designado para tal efecto por el Archivo. Para su reproducción, previo pago de derechos previstos en el Código Financiero del Distrito Federal, se requerirá la autorización del titular del Archivo o del Director General Jurídico y de Estudios Legislativos, la cual se llevará a cabo por un historiador designado por el Archivo, quien deberá cuidar en extremo el uso y manejo del documento de que se trate, y
- III. Si a la fecha de la consulta o de la petición de que se trate, la antigüedad del documento tiene más de ciento cincuenta años, los mismos únicamente podrán analizarse y consultarse bajo la supervisión estricta de un historiador designado para tal efecto por el Archivo. Para su reproducción, se requerirá la autorización del Consejero Jurídico y de Servicios Legales o del Director General Jurídico y de Estudios Legislativos, a través de los acuerdos o convenios respectivos. Esta

reproducción sólo se llevará a cabo para fines científicos, docentes y culturales mediante tecnología que garantice el cuidado y la preservación de dichos documentos y a través de instituciones gubernamentales o de Derecho Privado, o particulares, peritos en el cuidado extremo de los mismos y en la aplicación de dicha tecnología, con la participación y supervisión de un historiador designado por el Archivo; para esta reproducción se pagarán los derechos señalados en el Código Financiero del Distrito Federal.

Artículo 241.-El titular y los demás empleados del Archivo tendrán la obligación de guardar secreto de la información y trámites relacionados con la documentación que obre en el mismo. El incumplimiento de dicho secreto será sancionado administrativamente en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y penalmente conforme lo prevengan las disposiciones penales aplicables.

Artículo 242.-El sello del Archivo será metálico, tendrá forma circular, con un diámetro de cuatro centímetros, reproducirá en el centro el escudo nacional, abajo del mismo dirá "México" y en su circunferencia "Archivo General de Notarías del Distrito Federal". El segundo y ulteriores sellos deberán incluir un signo que los distinga del anterior.

El sello expresa el poder autenticador del Archivo y en los casos previstos por esta ley, lo público de su función.

Artículo 243.-El Archivo General de Notarías para la aplicación de las sanciones que procedan comunicará oportunamente a la Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos, los casos

en que los notarios en el ejercicio de sus funciones no cumplan esta ley o sus reglamentos.

Artículo 244.-La expedición y reproducción de documentos públicos y privados se hará según lo previsto en el artículo 240 de esta ley.

La solicitud de trámite, ingresada por Oficialía de Partes, deberá ir acompañada con documentación que acredite el interés y la personalidad jurídica, en su caso, de quien promueva y tendrá la calificación en un término no mayor a cinco días hábiles, en el cual se informará verbalmente al promovente la procedencia de dicha solicitud y la cuantía del pago de derechos respectivos, pagados estos, se procederá a la expedición o reproducción de que se trate, en un plazo no mayor de ocho días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente al del pago; la entrega de la documentación requerida se hará únicamente al promovente. La improcedencia de la solicitud se comunicará al promovente por oficio.

Artículo 245.-La revisión de los libros de protocolo a que se refieren los artículos 91 y 238, fracción VII de esta ley se realizará en un plazo de cinco días hábiles, contados a partir de la recepción de los mismos, disponiendo el notario de ellos, a partir del sexto día. Si el notario no acudiere a recogerlos a más tardar tres días hábiles después de que están a su disponibilidad, se hará del conocimiento de la Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos, para que ésta proceda en los términos del artículo 243 de esta ley.

Artículo 246.-La pérdida, alteración, deterioro, aparición por extravío y la solicitud para inutilización del sello de autorizar, se hará del conocimiento del Archivo conforme a lo dispuesto por los artículos 72, 73, 74 y 238, fracción X, de esta ley.

Si con motivo de las atribuciones que esta ley confiere a la autoridad competente, al momento de que se solicita el registro del sello de autorizar de algún notario, la misma se percatara que aquél no reúne las características previstas en el artículo 69 de esta ley, negará el registro a través del levantamiento de un acta circunstanciada y plasmará en una hoja en blanco dicho sello, para comunicarlo de inmediato al Archivo; éste tendrá cuidado de que el sello no registrado no se hubiere utilizado o se utilice en lo futuro por el notario en alguno de sus instrumentos. Si el Archivo llegare a detectar esta irregularidad lo informará de inmediato a la autoridad competente para que imponga la sanción a que se refiere el artículo 227, fracción VI de esta ley.

Artículo 247.-Si con motivo del ejercicio de la atribución que esta ley confiere al archivo, al momento de expedir algún testimonio o copia certificada de un instrumento que obre en su poder, el titular del Archivo se percatara que el instrumento de referencia carece de:

- I. Sello al margen superior izquierdo en alguna de las hojas;
- II. Sello en la autorización preventiva, o definitiva de la escritura;
- III. Firma en la autorización preventiva o definitiva de la escritura;
- IV. Media firma o rúbrica en las notas marginales, en su caso;
- V. Leyenda "Ante mí", y
- VI. Salvadura de lo enterrrenglonado o testado;

En estos casos el titular del Archivo expedirá el testimonio o copia certificada solicitados, con la mención en la certificación de tales omisiones, con el señalamiento de

tratarse de una escritura irregular y sin prejuzgar sobre las consecuencias legales de las mismas.

Cuando el documento de que se trate, contenga firma ostensiblemente diferente a la del notario que autoriza, se procederá en los mismos términos a que se refiere el párrafo que antecede.

Con independencia de lo anterior, si el interesado consulta al colegio acerca de la posibilidad de regularizar dichas anomalías, éste, bajo su más estricta responsabilidad, coadyuvará con él, ante la instancia competente.”

El testamento ológrafo sólo puede ser otorgado por personas mayores de edad, porque se ha considerado que los menores podrían usar irreflexivamente las facilidades de esta forma, además se piensa que en la pubertad no están bien consolidados los rasgos y caracteres de la escritura.

La fecha se debe expresar con indicación del día, mes y año, ya que permite determinar si se ha invalidado o no a otros testamentos anteriores o si, a su vez, puede ser invalidado por otros posteriores.

La escritura de puño y letra del causante, la fecha y la firma estampadas en los lugares predeterminados del testamento ológrafo, constituyen los requisitos esenciales para la validez de este tipo de testamento. La firma es un requisito esencial en el testamento ológrafo y debe ser extendida por la mano misma del testador.

Si el testamento ológrafo contiene palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, el testador debe salvarlas bajo su firma. Esto significa que las palabras, letras o signos que se hayan de testar, se deben cruzar con una línea que las deje legibles. Puede entrerrenglonarse lo que se deba agregar. Al

final del testamento se salvará lo testado o enterrrenglonado, haciéndose constar lo que vale, y se puede llegar a especificar el número de palabras, letras y signos testados y el de los enterrrenglonados. La omisión de esta formalidad por el testador, sólo afectará a la validez de las palabras tachadas, enmendadas o enterrrenglonadas, mas no al testamento en sí mismo.

El testamento ológrafo debe otorgarse por duplicado y deberá guardarse en un sobre cerrado y lacrado cada uno de los ejemplares. El original se presentará ante el Archivo General de Notarías, y el duplicado será devuelto al testador, con la siguientes constancia en la cubierta, extendida 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." El testador debe comparecer directamente a depositar el original del testamento ológrafo en el Archivo General de Notarías, quien si no es conocido del encargado de la oficina, deberá presentar dos testigos que lo identifiquen. En el sobre que contiene el testamento original, el testador, de su puño y letra, pondrá la siguiente leyenda: "dentro de este sobre se contiene mi testamento", la cual será firmada por el propio testador, el encargado de la oficina, y en su caso, los testigos de identificación; debiéndose expresar el lugar y la fecha en que se lleva a cabo el depósito. En el caso de que 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 aquél se encontrare, para cumplir las formalidades del depósito.

Una vez que se haya efectuado el depósito que señala la ley, es el encargado del Archivo General de Notarías, quien hará asentar en el libro que con ese objeto se lleve, una razón del depósito o entrega, que deberá ser firmada por dicho funcionario, y podrá dársele copia autorizada al testador, a fin de que el testamento pueda ser identificado. El propio encargado de la dependencia, conservará el original bajo su directa responsabilidad hasta que el tribunal competente le dirija oficio, con el objeto de que le remita el pliego cerrado en que el testador declaró que se contiene su última voluntad, en los términos del artículo 881 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal vigente, o cuando el testador se lo requiera. El testador puede en cualquier momento retirar personalmente, o a través de un apoderado especial, del Archivo General de Notarías el testamento ológrafo. En esta caso, se debe tomar razón del retiro en el acta que firmará el interesado, o en su caso, el mandatario, y el encargado de la oficina.

Una vez retirado del Archivo el testamento ológrafo no producirá efecto legal alguno, ni siquiera el de revocación tácita de algún testamento anterior, porque falta el requisito de estar depositado, ya que si se extrae de esa oficina, es como si el testador jamás lo hubiese otorgado.

Al radicarse un juicio sucesorio testamentario o intestamentario, por regla general, el juez ante quien se promueva tiene la facultad de solicitar informes al encargado del Archivo General de Notarías para saber si el autor de la sucesión depositó algún testamento. Para el caso del testamento ológrafo, como lo explicaremos en su apartado correspondiente, se necesita la declaración de ser formal, y esta declaración se realiza a través de la vía de jurisdicción voluntaria, y no en la vía testamentaria,

ésta es la excepción a la regla general de la que se hablaba al principio de este párrafo, pues ya estamos haciendo referencia a otro tipo de vía procesal en la cual también debe solicitar el juez correspondiente el informe respectivo al depósito del testamento ológrafo y para el caso en que se encuentre depositado en esa oficina, dicho testamento deberá ser remitido al juzgado donde se ventilen las diligencias de jurisdicción voluntaria.

No sólo el encargado del Archivo General de Notarías está obligado por la ley a proporcionar informes al juez competente acerca del posible depósito de un testamento ológrafo en la dependencia bajo su responsabilidad, sino también el que guarde en su poder el duplicado, o cualquiera que tenga noticia de que el autor de una sucesión ha depositado algún testamento ológrafo. Asimismo, conforme a lo dispuesto por el artículo 1711 del Código Civil, el albacea que ha sido nombrado en testamento y lo tiene en su poder, debe presentarlo dentro de los ocho días siguientes a la muerte del testador.

Según lo ordena el artículo 1561 del Código Civil para el Distrito Federal, 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 éste fue otorgado por una persona mayor de edad, escrito y firmado por ésta, con expresión del día, mes y año en que se otorgó, y queda comprobado que es el mismo que depositó el testador, se declarará formal el testamento de éste.

Si el original depositado hubiera sido destruido o robado, podrá declararse como formal testamento el duplicado, pero siempre será requisito el que al presentarse al juez, no se encuentre roto, o el sobre abierto, o las firmas raspadas, borradas o enmendadas, porque si esto sucediera el testamento será nulo.

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.

El encargado del Archivo General de Notarías sólo tiene obligación de proporcionar informes en torno a un testamento ológrafo depositado en su oficina al mismo testador, a los jueces competentes que oficialmente se lo soliciten y a los notarios cuando ante ellos se esté tramitando la sucesión.

La doctrina señala algunas características presumiblemente ventajosas para el testamento ológrafo, estas son:

a) Su comodidad. Esto en virtud de que la persona que testa en forma ológrafa no está obligada a acudir al notario público, lo cual le permite una mayor flexibilidad en la adopción de las disposiciones relacionadas con la transmisión póstuma de sus bienes. Además, como es una manifestación privada de voluntad, puede ser modificada, también en forma privada, sin ningún requisito formal. Considerando esto como un hecho, un servidor piensa que si bien es cierto que no existe la necesidad de acudir ante notario público para manifestar su voluntad testamentaria, si es necesario asesorarse por alguien que sepa de la materia, toda vez que si no se siguen los lineamientos señalados por la ley, es posible incurrir en algún error que provoque la nulidad futura de este testamento;

b) La posibilidad de mantener en secreto la disposición adoptada.

Estamos de acuerdo con esta consideración, ya que en el testamento ológrafo al sólo intervenir el testador, queda exento de la influencia de terceros;

c) Su simplicidad y economía.

La doctrina exalta estas características como ventajosas, que resultan por una parte del hecho de que no se necesita la intervención del notario y, por otra, de que no se altera su vigencia aunque se hayan omitido algunos requisitos formales, aunado a esto, Gutiérrez y González⁴³ nos señala, tal vez como ejemplo de simplicidad y a modo de chunga, que este testamento es el típico testamento que se utiliza en los argumentos de las películas cinematográficas, en donde el pobre tío ya herido de muerte, por sus sobrinos ambiciosos, con un cuchillo enterrado en la espalda, arrastrándose, va hasta su caja de caudales y extrae de ella su testamento y lo logra arrojar al fuego con la desesperación natural de los malos sobrinos que ya se creían definitivamente herederos, pues el tío en un momento de torpeza se los había hecho saber. Puede resultar que en la práctica y vida real, no sea tan simple ni mucho menos económico esta clase de testamento, ya que si bien es cierto, no existe la obligación de acudir ante notario público para su tramitación, se desprende de la interpretación del texto legal en su parte conducente, que es el juez de lo familiar quien hará las veces del mismo, en el acto de declararlo formal dentro de la audiencia prevista en el artículo 1561 del Código Civil para el Distrito Federal; y tampoco resulta económico, como quizás no lo sea ningún otro tipo de testamento, porque para su depósito

⁴³ Gutiérrez y González, Ernesto, op. cit., pág. 176.

hay que pagar cierta cantidad de dinero ante la Tesorería del Distrito Federal si se pretende adquirir ese derecho; y por lo que toca a la economía en su carácter procesal, resulta también oneroso, porque primero hay que lograr su declaración de ser formal en la vía procesal correspondiente, para después tener la posibilidad de tramitar el juicio sucesorio testamentario. Aunado a estas características "ventajosas", considero que este testamento presenta una serie de inconvenientes que podemos resumir en la siguiente forma:

- a) En primer término debe mencionarse la posibilidad de su falsificación, aunque en los últimos tiempos este riesgo se ha atenuado gracias a la intervención cada vez más perfeccionada de los peritos calígrafos;
- b) Posibilita también la captación de herencia. Se conocen muchos casos en los que una persona enferma o que sin llegar a ser incapaz no goza del pleno uso de sus facultades, ha sido dominada o influida por los que la rodeaban en sus últimos momentos, hasta el extremo de favorecerla en su testamento;
- c) No produce efectos si no se deposita debidamente en el Archivo General de Notarías;
- d) Queda sin efectos si el original o el duplicado, en su caso, estuvieren rotos, si el sobre que los cubre resulta abierto o si las firmas que los autorizan aparecen borradas, raspadas o con enmendaduras, aun cuando el contenido del testamento no es vicioso; esto resulta muy delicado, pues si alguien de buena fe, por curiosidad o por accidente abre el sobre del duplicado, el original que se encuentra resguardado en el Archivo General de Notarías inmediatamente será materia de nulidad que se declarará una vez llevado el procedimiento

correspondiente ante el juez de primera instancia en materia familiar.

2.2 DECLARACIÓN DE SER FORMAL EL TESTAMENTO OLÓGRAFO.

La declaración de ser formal el testamento ológrafo procesalmente es el acto por virtud del cual el juez de lo familiar competente procede a examinar la cubierta que contiene dicho testamento, haciendo que los testigos de identificación reconozcan sus firmas y la del testador, y en presencia del Ministerio Público, de los interesados y de los testigos realiza la apertura del sobre que contiene el testamento, comprobando que éste llena los requisitos de ley y que es el mismo que depositó el testador.

Sirviéndonos de apoyo para el estudio desarrollado, a continuación expondré un modelo de audiencia por la cual se declara formal un testamento ológrafo, haciendo la aclaración que se trata de una audiencia celebrada en un juzgado de primera instancia de lo familiar con competencia en el Distrito Federal y en una fecha determinada, por lo cual substituiremos nombres, fechas y horas por puntos suspensivos, para no transgredir la garantía de discreción e independencia que constitucionalmente se ordena caracterizar a los tribunales, pero el criterio jurídico y el contexto es más o menos el mismo que utilizan los cuarenta jueces de lo familiar en el Distrito Federal para declarar formal un testamento ológrafo.

La siguiente audiencia tiene como característica que en su desahogo faltó uno de los testigos que señala la ley como de identificación, requiriendo por lo tanto la presencia de un perito, quien debe confrontar la firma suscrita por el testador en el testamento ológrafo con las demás que existan en documentos oficiales y que haya firmado el mismo testador, haciendo la aclaración que el testamento ológrafo al que se hace referencia

dentro de la audiencia fue depositado en el Archivo General de Notarias adscrito al entonces Departamento del Distrito Federal, el cual, en la actualidad se denomina propiamente Gobierno del Distrito Federal; sea pues, este modelo de audiencia posibilita el ajuste pertinente de las variables que pudieran presentarse en los casos en que se apersonen los dos testigos de identificación, siendo así, se prescindirá la presencia del Perito o a falta de los dos testigos que requiere la ley, el Perito será quien identifique por los medios de su materia la firma que aparezca como del de cujus:

"En la Ciudad de México, Distrito Federal, siendo las ... horas del día ..., día y hora para que tenga verificativo la audiencia a que se refiere el artículo 1561 del Código Civil y presentes en el local del Juzgado ... Familiar. Ante su titular LICENCIADO ..., quien actúa asistido de la Secretaria de Acuerdos LICENCIADA ..., comparecen la promovente ... quien se identifica con credencial para votar con número de folio ... expedida por el Instituto Federal Electoral, asistida de su abogado patrono LICENCIADO ... quien se identifica con cédula profesional número ... expedida por la Dirección General de Profesiones de la Secretaría de Educación Pública, así como también comparece la testigo ... quien se identifica con credencial para votar con número de folio ... expedida por el Instituto Federal Electoral, además comparece la Perito Oficial del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal en materia de Grafoscopia ... quien se identifica con credencial para votar con número de folio ... expedida por el Instituto Federal Electoral. Documentos que se tienen a la vista y se devuelven a los interesados. Se hace constar que se encuentra presente la C. Agente del Ministerio Público de la adscripción. EL C. JUEZ DECLARO ABIERTA LA AUDIENCIA:-

- - A continuación y en uso de la palabra de la Perito ... dijo que en este acto rinde su dictamen en grafoscopia respecto de la firma de la testadora que obra en la parte central del sobre el cual exhibe en diez fojas útiles así como un anexo fotográfico con cinco ampliaciones y reconociendo como suya la firma que lo calza solicitando sea agregado a los autos para los efectos conducentes, así mismo manifiesta que la conclusión que llevó a su peritaje es que la firma que aparece de la testadora y que se localiza en la parte central de la cubierta del sobre sí corresponde a la de la testadora de nombre ..., en virtud de haber llegado a un análisis de carácter comparativo tanto de la firma cuestionada como las de cotejo y las que obran en el seguro del juzgado, consistentes en credencial de elector con folio ..., así como la credencial expedida por el Instituto del Seguro Social a favor de la C. ..., y utilizando la metodología de comparación normal así como las consideraciones teóricas basadas en las diez leyes del grafismo del autor SOLLAGE PELLAT y de las cuales se describen dentro del cuerpo del dictamen así como las características que corresponden a cada una de las firmas sujetas a estudio tanto de orden general como el grupo de gestos gráficos y observándose en el cuerpo del dictamen los cuadros comparativos de cada una de estas firmas por lo que se llegó a la conclusión antes descrita. EL C. JUEZ ACUERDA:- - - Se tiene a la Perito ... presentando su dictamen en grafoscopia y reconociendo como suya la firma que lo calza, y por hechas todas y cada una de las manifestaciones relativas a las conclusiones presentadas en el dictamen de referencia, para todos los efectos legales a que haya lugar, lo anterior en virtud de darse los supuestos en el presente juicio del artículo 883 del Código de Procedimientos Civiles en virtud de que el testigo ...

ya falleció por lo que no es posible que el mismo haya comparecido a ésta diligencia a reconocer su firma y la de la autora del testamento ológrafo. Dése vista a la C. Agente del Ministerio Público adscrita a éste juzgado.--- A continuación se procedió a examinar la cubierta que contiene el sobre exhibido y remitido por el Archivo General de Notarías, cerciorándose directamente el suscrito que el sobre cerrado que dice contener el pliego original de mi testamento ológrafo y lo entrego personalmente al Jefe del Archivo General de Notarías del Distrito Federal con fecha ..., otorgado por la testadora ..., en la parte inferior se encuentran anotados los nombres de los testigos ... y ... debidamente firmado y siendo legibles las firmas de los testigos antes mencionados con la salvedad de que el testigo ... como se dijo antes ya falleció, corriendo agregada en autos la copia debidamente certificada de su acta de defunción. Al centro del margen izquierdo debidamente sellado por el Departamento del Distrito Federal, Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos Archivo General de Notarías, dicho sobre aparece protegido con una cinta diurex, así mismo debidamente lacrado sin huella de haber sido violado y así mismo al margen superior izquierdo aparece acta número A continuación y teniendo a la vista el sobre descrito la testigo ..., manifiesta que reconoce como de su puño y letra la firma que aparece en dicho sobre, así mismo reconoce que la firma que aparece de la testadora al centro de la cubierta del sobre antes descrito es como de la testadora A continuación y ante la presencia de la C. Representante Social y de la promovente de estas Diligencias de Jurisdicción Voluntaria, así como en presencia de la testigo antes mencionada se procedió a la apertura del sobre que dice contener el testamento otorgado y

presentado por dicha testadora con fecha ... por la C. A continuación se procedió a dar lectura a la disposición testamentaria otorgada por la de cujus. A continuación la compareciente y previa lectura que al efecto les hizo el suscrito del testamento otorgado por la de cujus contenido en una foja útil y escrito a mano y con tinta negra por la de cujus ... haciéndose constar por la Secretaría que el testamento que se les ha leído se encuentra firmado por la de cujus. Apareciendo la siguiente leyenda "En la Ciudad de México, Distrito Federal a ... y una huella digital". - - A continuación se procedió a la apertura del sobre presentado por la promovente, abierto y que obra también en el seguro del juzgado y exhibido por la promovente ... a fin de comprobarse que el anteriormente abierto es el que depositó la testadora en el Archivo General de Notarías como original. El sobre que se tiene a la vista la SECRETARIA DE ACUERDOS DA FE que se encuentra abierto por uno de sus extremos específicamente el de lado derecho y lacrado en el anverso con la siguiente leyenda "Acta número ... dentro de este sobre cerrado se encuentra copia de mi testamento ológrafo habiendo entregado el original al Licenciado ... encargado del Archivo General de Notarías del Distrito Federal, (fecha), testadora ..., testigo ..., testigo ..., tres firmas legibles. Al margen inferior izquierdo un sello del Departamento del Distrito Federal Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos Archivo General de Notarías." A continuación se procedió a la apertura de dicho sobre por el suscrito y que hace del conocimiento de los comparecientes dando lectura al mismo haciéndose constar por la C. Secretaria de Acuerdos que cotejado que fue con el sobre primeramente abierto coincide en lo esencial en todas y cada una de sus partes. Enseguida y en uso de la palabra de la

promovente y por voz de su abogado patrono dijo que:- - Que solicita se declare formal el testamento ológrafo motivo de éstas Diligencias. EL C. JUEZ ACUERDA:- - Se tiene por celebrada la presente audiencia y por hechas las manifestaciones de la promovente para los efectos legales a que haya lugar y con el resultado de la misma dése vista a la C. Agente del Ministerio Público adscrita a éste juzgado para que manifieste lo que a su Representación corresponda y estando presente dicha Representante Social en uso de la palabra dijo que:- - Que se da por enterada de las manifestaciones vertidas por la promovente así como por la testigo que sobrevive de nombre ..., así como del resultado del peritaje practicado a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 883 del Código Procesal de la Materia y de la apertura y lectura que se procedió a dar del testamento ológrafo otorgado por su autora, en consecuencia, esta Representación Social muestra conformidad en que se proceda a declarar formal el testamento ológrafo otorgado por la de cujus de nombre... de fecha ... de conformidad en lo dispuesto por el artículo 1561 del Código Civil. EL C. JUEZ ACUERDA:- - Se tiene a la C. Agente del Ministerio Público adscrita a éste Juzgado desahogando la vista que se le mandó dar para todos los efectos legales a que haya lugar y vista su no oposición, con fundamento en el artículo 883 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, así como también de que la Perito designada por la promovente ha emitido su dictamen con relación a que la firma que aparece en la cubierta del sobre al centro del mismo en donde se dice contiene el testamento ológrafo dictado por la de cujus y que dicha perito dictaminó en razón de que uno de los testigos cuyo nombre es ... ya falleció, como está acreditado en autos y que

además la testigo que sobrevive de nombre ... ha reconocido e identificado tanto su firma como la de la autora del testamento, en términos del numeral antes citado en relación con los artículos 1551 y 1561 del Código Civil SE DECLARA FORMAL EL TESTAMENTO OLOGRAFO otorgado por la de cujus ... el día ... para todos los efectos legales a que haya lugar. A S I, interlocutoriamente juzgando lo resolvió el C. Juez ... Familiar LICENCIADO ... quien actúa asistido de la Secretaria de Acuerdos ... LICENCIADA ..., quien actúa y da fe.-----
- - - Con lo que concluye la presente audiencia siendo las ... del día de la fecha firmando al margen y al calce los que en ella intervinieron en unión del C. Juez y Secretaria de Acuerdos con quien actúa.- Doy Fe.”

Este subtema lo relacionaré con el Capítulo III del presente trabajo, en el cual se abordará todo lo relacionado a la declaración de ser formal el testamento ológrafo a través de la Jurisdicción Voluntaria, base y defensa de la presente tesis. Por el momento concluiré este apartado señalando que para algunos jueces en materia familiar es indistinto declarar formal un testamento ológrafo por vía testamentaria o por vía de jurisdicción voluntaria, argumentando que al no existir controversia ni litis con esta clase de actuaciones judiciales, no es necesario detenerse en fórmulas legales, aunado a que en la vía testamentaria se economizaría tiempo; por el momento me concretaré a establecer este criterio sin criticarlo ni ahondar más en el asunto, reservándome para expresar y fundamentar mi tesis con respecto a esto más adelante.

2.3 DECLARACIÓN DE SER VÁLIDO EL TESTAMENTO OLÓGRAFO.

La declaración de ser válido el testamento ológrafo procesalmente tiene lugar una vez que el que promueva un juicio de testamentaría, presente un testamento ológrafo otorgado por el autor del mismo y que previamente haya sido objeto de la declaración de ser formal, tal como nos lo señala la audiencia a que alude el artículo 1561 del Código Civil para el Distrito Federal; acto seguido, el juez de lo familiar competente, sin más trámite, lo tendrá por radicado y en el mismo auto deberá convocar a los interesados a una junta para declarar la validez del mismo, así como para reconocer tanto la institución de herederos o legatarios, como la de albacea designados respectivamente, en los términos establecidos por el de cujus en el testamento ológrafo.

Con el objeto de ilustrar nuestra investigación, a continuación mostraré un modelo de audiencia por la que se declara válido un testamento ológrafo, de la cual hace alusión el artículo 790 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal,⁴⁴ dicha audiencia cuenta con las características básicas de las de su clase y desahogada en un juzgado de primera instancia de lo familiar en el Distrito Federal, en la que por las mismas razones que expuse en el subtítulo anterior, substituiré con puntos suspensivos nombres, fechas, horas y cualquier otro elemento que nos conduzca a la falta de discreción e independencia que debe caracterizar a nuestros tribunales mexicanos. El modelo de audiencia es el siguiente:

⁴⁴ Del artículo 790 al artículo 798 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal se establece la base para declarar válido cualquiera de los testamentos contemplados por la legislación mexicana.

"En la Ciudad de México, Distrito Federal, siendo las ... horas del día ..., día y hora señalados para que tenga verificativo la audiencia a que se refiere el artículo 790 del Código de Procedimientos Civiles, comparecen ante el suscrito Juez ... Familiar LICENCIADO ..., quien actúa asistido de la C. Secretaria de Acuerdos LICENCIADA ..., la C. ..., quien se identifica con credencial para votar con número de folio ... expedida por el Instituto Federal Electoral, asistida de su abogado patrono LICENCIADO ..., quien se identifica con copia certificada de su cédula profesional número ... expedida por la Dirección General de Profesiones, documentos que se da fe tener a la vista y se devuelve a los interesados.- Se hace constar que comparece la C. AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO ADSCRITA A ESTE JUZGADO.- - - EL C. JUEZ DECLARA ABIERTA LA AUDIENCIA: A continuación se procedió a dar lectura al testamento ológrafo otorgado por la de cujus de nombre ..., declarado formal como consta de autos y otorgado el día A continuación y en uso de la palabra de la compareciente por voz de su abogado patrono dijo que: que siendo heredera única a bienes de la sucesión según consta de autos, solicita se le declare albacea de la sucesión conforme a las disposiciones del Código Civil, igualmente se declare la validez del testamento ológrafo que corre agregado en autos, manifestando desde luego que acepta el cargo como albacea y solicita se le discierna, así como se expida copia por triplicado certificada del nombramiento de albacea y el discernimiento que haga este H. Juzgado del cargo. A continuación y en uso de la palabra de la C. Agente del Ministerio Público adscrita a este juzgado dijo que: que se da por enterada de las manifestaciones vertidas por la denunciante C. ..., y toda vez que el testamento

antes mencionado no es impugnado así como la capacidad de la heredera instituida en el mismo, en consecuencia esta Representación Social es de la opinión de que se proceda a declarar válido el testamento ológrafo otorgado por la de cujus el día ..., así como se proceda a designar albacea a la C. ..., en virtud de que la de cujus no designó albacea dentro del testamento, lo anterior de conformidad en lo dispuesto por los artículos 790 y 797 del Código de Procedimientos Civiles.- -EL C. JUEZ ACUERDA: Se tiene por celebrada la presente audiencia, por hechas las manifestaciones de la compareciente y vista la no oposición de la C. Agente del Ministerio Público adscrita a este Juzgado y así como de que no habiendo sido impugnada la validez del testamento ológrafo otorgado por la de cujus de nombre ..., ni objetada la capacidad de la heredera instituida en dicho testamento, con fundamento en los artículos 790 y 797 del Código de Procedimientos Civiles, EL C. JUEZ RESUELVE: - PRIMERO.- Se declara válido el testamento ológrafo otorgado por la de cujus ...-el día ..., para todos los efectos legales a que haya lugar.- SEGUNDO.- Se reconoce su carácter de única y universal heredera a bienes de ... a su hermana ..., en los términos establecidos por la de cujus en el testamento ológrafo antes mencionado.- TERCERO.- Con fundamento en el artículo 805 del Código de Procedimientos Civiles, se designa albacea definitiva en la presente sucesión a ..., a quien se le hará saber su nombramiento para los efectos de su aceptación y protesta del cargo conferido, y toda vez que la albacea designada aceptó y protestó dicho cargo, al inicio de la presente audiencia, como lo solicita se le discierne dicho cargo con la suma de derechos y obligaciones inherentes que a los de su clase confiere la ley. Y como lo solicita expídase a su costa

copias certificadas por triplicado de las constancias necesarias para acreditar su personalidad, previo el pago de los derechos ante la Tesorería del Distrito Federal, entregándose las mismas por conducto de persona autorizada.- A S I, INTERLOCUTORIAMENTE LO RESOLVIO el C. Juez y C. Secretaria de Acuerdos que da fe.- -Siendo las ... horas concluyó la presente audiencia, firmando al margen los que en ella intervinieron en unión del C. Juez y C. Secretaria de Acuerdos que da fe."

Aunado a la definición que al principio de este apartado expuse acerca de la declaración de ser válido el testamento ológrafo, quiero señalar que esta declaración no sólo se lleva a cabo con el testamento ológrafo, sino también es la manera en que se declara la validez de cualquier otro tipo de testamento legalmente otorgado por algún de cujus, es decir, la característica de ser declarado válido no es exclusiva de los testamentos ológrafos, en cambio, la peculiaridad de ser declarado formal es aplicable al testamento ológrafo y al testamento privado, cada uno con sus características específicas ordenadas por la ley.

2.4 DIFERENCIA ENTRE DECLARAR FORMAL Y DECLARAR VÁLIDO AL TESTAMENTO OLÓGRAFO.

Los testamentos, las sentencias, los contratos y las resoluciones administrativas en nuestro derecho mexicano se les considera como normas jurídicas individualizadas, entendiendo por estas, aquellas que se refieren a situaciones jurídicas concretas o particulares, aunque para algunos autores no se les debe considerar como normas jurídicas en realidad, sino solo como actos jurídicos regidos por normas jurídicas. Debido a la diversificación de criterios para considerar a los testamentos como actos jurídicos por un lado o normas jurídicas individualizadas por el otro, considero que no es necesario distraer la exposición del tema en criterios que apoyen una teoría u otra, solo me avocaré a plantear lo necesario para la defensa de mi tesis.

En el Código Civil para el Distrito Federal en diversos artículos referentes a la sucesión testamentaria, el legislador invoca las palabras "formal", "válido" y consecuentemente los conceptos: "formalidad" y "validez" como sinónimos, tal vez porque sus significados comparten la esencia de lo mismo pero que en realidad no deben ser confundidos unos con otros. Por "forma" el Diccionario de la Lengua Española define: "a) Figura o determinación exterior de la materia; b) Disposición o expresión de una potencialidad o facultad de las cosas; c) Fórmula y modo de proceder en una cosa. "Formalidad" es definida por el mismo texto de la manera siguiente: a) Exactitud, puntualidad y consecuencia en las acciones; b) Cada uno de los requisitos para ejecutar una cosa; c) Seriedad, compostura en algún acto. Por "válido" el diccionario lo define: Firme, subsistente y que vale o debe valer legalmente, siendo "validez" la calidad de válido.

Otro concepto que nos ayuda a entender esta palabra es "validar", la cual significa dar fuerza o firmeza a una cosa.

Hablando de los motivos que dan lugar a la falta de validez jurídica, nos dice De Ibarrola: "se debe recordar que el lenguaje común llama válido a un acto jurídico cuando está sancionado por el ordenamiento jurídico, de lo contrario, es inválido". Los actos válidos, explica Borja Soriano, están dentro de una única categoría, y surten plenamente sus efectos. En cambio cuando se habla de actos inválidos, se habla de una categoría de actos a los que la ley priva de efectos; pero que forman una gama bien variada y extensa, sobre la cual los juristas distan mucho de ponerse de acuerdo.

La invalidez procede:

- a) Cuando en el testamento no han concurrido las solemnidades y requisitos necesarios para su validez. Esta nulidad arranca de su confección misma: afecta a todo el documento. "El testamento es nulo cuando se otorga en contravención a las formas prescritas por la ley" (art. 1,491).

En los testamentos la ley exige con gran rigor que se cumpla con determinadas formalidades: "la certeza intrínseca, nos dice Giorgi, tan necesaria a los hombres en su calidad de mortales, se encuentra entregada a la observancia de las normas que establecen los signos indispensables para conseguir conocimiento de las cosas". Muchas veces *idem est non esse, ac non apparere*, lo mismo da no ser que no evidenciarse. Una obligación, un testamento cuyo contenido no puede probarse, escapan a la justicia humana. Y muchas veces la ley viene a prohibir la

confirmación o la ratificación del acto nulo por falta de forma: no quiere que el acto tenga validez retroactiva: *lex dura, sed lex*. Consideráse que el acto que no cumple con la solemnidad externa exigida por la ley, va en cierto modo en contra del orden público.

- b) Cuando cambia la voluntad del testador: entonces este REVOCA el testamento anterior, que en la hipótesis se supone válido.
- c) Por privar la ley de eficacia a algunos actos de última voluntad, dando por caducada la disposición testamentaria. Hoy, a diferencia de lo que acaecía en Derecho Romano, si se anula alguna disposición testamentaria, quedan subsistentes las demás.
- d) Cuando el fin que se propone el testador sea ilícito: entonces la nulidad es absoluta. Artículo 8º: "Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario."⁴⁵

Como podemos observar, el testamento en general como acto jurídico, requiere para su validez, del cumplimiento de las formalidades que establece la ley. Con relación a este tema el artículo 1491 del Código Civil establece que el testamento es nulo cuando se otorga en contravención a las formas prescritas por la ley. Como comentario Acosta Romero dice: "Debido a que el testamento es un acto esencialmente formal, si no se otorgó bajo las formas prescritas por la ley, concretamente por el título tercero del Libro tercero del Código denominado "De la forma de los testamentos", el testamento será nulo, y de acuerdo con el

⁴⁵ Ibarrola, Antonio De, op. cit., pág. 735.

capítulo de las nulidades, se trata de una nulidad relativa, según dispone el artículo 2231 del Código Civil para el Distrito Federal, por la inobservancia de las formas legales; y en consecuencia, se procederá a abrir la sucesión legítima.” Al respecto, Acosta Romero nos recuerda que Rojina Villegas opina “que no es aplicable el artículo 2231 a los testamentos, porque como debemos saberlo, no puede haber confirmación como nulidad relativa en cuanto a ellos, en el sentido estricto de revalidación retroactiva. Cuando no se observa sustancialmente el molde formal, entonces al omitirse la solemnidad, el testamento será inexistente, y así lo da a entender el artículo 2228 del mismo ordenamiento legal, al decir que la falta de forma establecida por la ley origina la nulidad relativa del acto jurídico, si no se trata de actos solemnes”⁴⁶.

Como nos habremos dado cuenta, el hablar de las figuras jurídicas de la nulidad ya sea esta relativa o absoluta, nos conllevaría a tratar temas relacionados con los actos jurídicos en general, y más particularmente con los contratos, es por eso que pretendo hacer notar que a pesar de que se le relacione al testamento con los contratos por ser un acto jurídico, no se aplican muchas disposiciones de estos últimos al testamento, por lo tanto no me enfrascaré en hacer cuadros comparativos ni me distraeré en hablar de nulidad relativa ni absoluta, que es en estas figuras jurídicas en que la doctrina enfoca ciertas equivalencias y comentarios a favor y en contra, toda vez que ni los mismos doctrinarios del derecho se han puesto de acuerdo en cuanto a su aplicación en materia de testamentos.

Tal como se desprende del análisis a los apartados 2.2 y 2.3 anteriores, la diferencia procesal entre realizar la declaración de

⁴⁶ Acosta Romero, Miguel, op. cit., pág. 163.

ser formal y la declaración de ser válido el testamento ológrafo, radica principalmente en que la primera de ellas solo se prevé para el testamento ológrafo, mientras que la segunda es prevista por la ley para todos los testamentos que contempla el Código Civil, incluyendo al ológrafo

Dando este primer paso, puedo señalar que la declaración de ser formal se verifica para identificar todos y cada uno de los elementos que exige la ley para revestir de certeza jurídica al testamento ológrafo, el cual, en su caso, no cuenta con la característica del apoyo que contiene aquél que ha sido sometido a la fe pública de algún notario público, haciendo las veces de éste, el Juez de lo Familiar junto con la Secretaria de Acuerdos respectiva y el Ministerio Público con ésta declaración, atreviéndome así a comparar, si esto me es permitido, los actos que se realizan ante notario para tramitar algún otro testamento contemplado por la ley. En cambio, el objeto primordial de la declaración de ser válido el testamento ológrafo es el manifestar que éste testamento esta constituido acorde a las reglas y formalidades que establece la ley.

Con esto quiero concluir: declarar que es formal un testamento ológrafo es decir que cuenta con los elementos necesarios que prevé la ley para su constitución, en cambio declarar que es válido es decir que además de contar con estos elementos, también cuenta con la confirmación y el apoyo legal para tramitar un juicio sucesorio testamentario.

2.4.1 CORRELACIÓN DEL ARTICULO 882 CON EL ARTÍCULO 790 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Enriqueciendo nuestro trabajo con los elementos procesales conducentes al tema, pretendo analizar como propuesta de estudio una supuesta relación existente entre los dos artículos que señalo en el título de este apartado, contemplando todos los aspectos que se originaron con el devenir de este trabajo. El artículo 882 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece que "Recibido el pliego, procederá el tribunal como se dispone en el artículo 1561 del Código Civil." Es decir, este artículo nos remite a la audiencia por la que se realiza la declaración de ser formal el testamento ológrafo. Por su parte, el artículo 790 del mismo ordenamiento legal antes citado, señala lo siguiente: "El que promueva el juicio de testamentaria debe presentar el testamento del difunto. El juez, sin más trámite, lo tendrá por radicado y en el mismo auto convocará a los interesados a una junta para que, si hubiese albacea nombrado en el testamento, se les dé a conocer, y, si no lo hubiere, proceda a elegirlo con arreglo a lo prescrito en los artículos 1682, 1683, 1684 y 1688 del Código Civil."

El artículo 882 es parte del capítulo X, el cual se denomina Declaración de ser formal el testamento ológrafo, pertenece al Título Decimocuarto del Código de Procedimientos Civiles, el cual se denomina Juicios Sucesorios, por otra parte; el artículo 790 forma parte del capítulo II el cual se denomina De las testamentarias, este capítulo pertenece al mismo Título Decimocuarto.

La intención de este apartado es señalar que se establecería un ahorro en gastos tanto de dinero por parte de los interesados,

como de carácter humano y administrativo por parte del tribunal, ya que de haber una figura jurídica que relacione la audiencia a que se refiere el artículo 1561, en la cual, se declara formal el testamento ológrafo, con la audiencia a que se refiere el artículo 790, en la cual se declara válido el testamento, sea este ológrafo o de cualquier clase, lograríamos declarar formal el testamento y simultáneamente declararlo válido, se instituirían herederos o legatarios y finalmente se nombraría y discerniría el cargo de albacea a quien le correspondiese, en una sola audiencia o en su caso, en su continuación, y con esto daríamos fin a la primera sección de esta clase de juicio sucesorio; esto es, una vez cerciorado el juez de que el sobre que contiene el testamento ológrafo no presenta huellas de que haya sido violado, haciendo que los testigos de identificación si los hubiese reconozcan sus firmas y la del testador, en presencia del Ministerio Público, de los interesados y de los mencionados testigos, el juez procederá a abrir el sobre que contiene el testamento ológrafo, analizando si éste llena los requisitos de ley y quedando comprobado que es el mismo que depositó el testador, declarará formal el testamento de éste, y en seguida procedería a ordenar se continuara con la audiencia a efecto de declarar válido el testamento ológrafo, reconocer el carácter de herederos o legatarios en los términos establecidos por el de cujus en el testamento y designar albacea definitiva.

Quienes están de acuerdo con esta tramitación, según los resultados obtenidos de entrevistas y comentarios de gente experta en la materia, señalar en su defensa que:

- a) Economiza tiempo proccsal y humano, al concluir con mayor brevedad la primera sección de las cuatro que deben desarrollarse para finiquitar un juicio sucesorio;

- b) No transgrede la ley, pues lo que no está prohibido, está permitido por la misma;
- c) El carácter dinámico del procedimiento va mas allá del silencio, obscuridad e insuficiencia de la ley, más cuando no existe controversia alguna por resolver.

Tomando en cuenta esta propuesta, resultaría oportuno también adicionarle al artículo 882 del Código de Procedimientos Civiles un segundo párrafo, el cual, un servidor propone fuera redactado de la siguiente manera: "Una vez declarado formal el testamento ológrafo, se deberá convocar a los interesados conforme a lo dispuesto por el artículo 790 de éste Código".

De principio, me atrevería a señalar que es enriquecedora esta propuesta, aunado a que hay personas expertas en la materia que consentirían su existencia, pues como lo traté de justificar al principio de este apartado, el objetivo principal sería economizar tanto recursos materiales como humanos procesalmente hablando, pero me temo que ni siquiera un servidor está de acuerdo con esto, lo cual, debo recordar nuevamente, tiene como origen el criterio de algunos litigantes y juzgadores quienes en su afán de llevar al extremo sus recursos de interpretación jurídica, así como minimizar hasta el extremo sus gastos los primeros y su tiempo los segundos, constantemente se ha pretendido ventilar juicios sucesorios testamentarios cuya base es un testamento ológrafo de la manera expuesta en párrafos anteriores, claro, pocas veces con éxito, dependiendo de la opinión que tenga más de un juez de lo familiar en el Distrito Federal, ya que si bien es cierto pueden confrontarse los criterios de aquellos que están a favor de ahorrar la tramitación de declarar formal el testamento ológrafo a través de la vía de jurisdicción voluntaria porque la ley no lo establezca, también es

muy cierto que debe prevalecer el deseo de salvaguardar la naturaleza de orden público del procedimiento.

En realidad resultaría imposible relacionar el artículo 882 con el artículo 790 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, por las siguientes razones:

1. Si bien es cierto que el artículo 882 y el artículo 790 anteriormente descritos, se encuentran ubicados en el mismo Título decimocuarto denominado Juicios Sucesorios, también lo es que no deben relacionarse entre sí, ya que el primero de ellos nos remite al artículo 1561 del Código Civil, el cual, al serme permitido como tema de tesis, estoy determinando que este numeral establece la culminación de una vía muy diferente a la testamentaria, y más aún, con el hecho de que en el Código Civil, y en el Código de Procedimientos Civiles no se señala la especificación de la vía para declarar formal un testamento ológrafo.
2. Aunque la declaración de ser formal el testamento ológrafo se prevea en un capítulo del Código de Procedimientos Civiles que se encuentra ubicado dentro de los juicios sucesorios, ésta se realiza a través de la vía de jurisdicción voluntaria, por las razones con las que estoy fundamentando el presente trabajo.
3. No es lo mismo declarar formal el testamento ológrafo, que declararlo válido, la declaración de ser válido el testamento ológrafo se verifica a través del procedimiento que se señala del artículo 790 al 798 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, artículos netamente sucesorios, los cuales no dejan lugar a dudas.

4. Resultará onerosa la declaración de ser formal del testamento ológrafo, junto con la declaración de ser válido, pero es una realidad latente a la que nos arroja la intención de estar fuera del ámbito notarial, al cual pertenecen otros testamentos.
5. Se tergiversaría la naturaleza de orden público del procedimiento.

Pasando a otra cosa, lo que podemos concluir dada la experiencia que ha reportado haber desarrollado el presente trabajo hasta este punto, es que se nos motiva a exponer con mayor vehemencia el siguiente capítulo denominado De la Jurisdicción Voluntaria.

CAPITULO III.

DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.

3.1 CONCEPTO.

En esta parte del presente Capítulo que nos disponemos prestos a desarrollar, conoceremos el concepto de Jurisdicción Voluntaria con la ayuda de varios autores doctrinarios que han dejado su experiencia para generaciones venideras, y aprovechando estas ventajas también la trataremos de diferenciar de la contenciosa, con el ánimo de considerar los elementos que la integran; en este apartado se ha utilizado bibliografía que para muchos pareciera caduca y fuera de contexto actual, pero esto tiene su razón de ser, un servidor la considera básica porque en ella se contiene información de primeras fuentes, pues trata conceptos elementales que hasta la fecha no han sido objeto de modificación, y ha pasado que hasta autores modernos los han retomado y por lo tanto repetido, pareciendo en ocasiones poco originales. Dentro del apartado 3.2 se aborda el tema de la aplicación práctica de la Jurisdicción Voluntaria en materia de Sucesiones apoyándonos en la doctrina jurídica; en este apartado pretendemos exponer que se pueden complementar, mas no mezclar las figuras jurídicas de Jurisdicción Voluntaria con la conocida como sucesión por testamento, pues de lo investigado se reporta una relación que podría existir entre ambas figuras sin encontrar contradicción alguna. En el apartado 3.3 observaremos a través de la exposición de algunos ejemplos prácticos, que la vía idónea para declarar formal un testamento ológrafo debe ser la Jurisdicción Voluntaria, entendiéndose como vía a la forma o camino trazado desde un inicio para proseguir en esa misma dirección, ya que si comenzamos mal éste trámite, nos arriesgamos a encontrar

prevenciones, aclaraciones y requerimientos que el juzgador considere necesarios desahogar para admitir dicho trámite, trayendo como consecuencia menor agilidad en la obtención de ciertos intereses testamentarios.

El maestro Eduardo Pallares define: “es la que ejercen los tribunales en los asuntos que no sean litigiosos”. Nos explica en su Diccionario de Derecho Procesal Civil, que de acuerdo con nuestra ley positiva, la jurisdicción voluntaria tiene las siguientes notas: a) Comprende los actos en que “por disposición de la ley o voluntad de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas”. (Artículo 893.) Esto indica, según el maestro, que la ley autoriza a los particulares para promover actos de jurisdicción voluntaria sin poner otro límite al ejercicio de ese derecho, que el de que no haya cuestión entre partes, es decir, litigio. De allí que se acuda en vía de jurisdicción voluntaria para llevar a cabo actos de especie muy diversa, que corresponden a las funciones notariales, y en ocasiones a las de autoridad administrativa. El maestro Pallares hace la observación de que existe la necesidad de reformar la ley, en el sentido de precisar los límites de la jurisdicción voluntaria y la clase de actos que en ella pueden realizarse; b) La jurisdicción voluntaria no tiene una tramitación rigurosa. Al respecto señala el maestro Pallares, que el juez podrá variar o modificar las providencias que dictare sin sujeción estricta a los términos y formas establecidas respecto de la jurisdicción contenciosa; c) Por regla general, las resoluciones dadas en jurisdicción voluntaria no producen preclusión procesal, así infiere el maestro del artículo 897 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que autoriza al juez a variar o modificar las

providencias que dictare. Sin embargo, dice el maestro, agrega el artículo la siguiente restricción: "No se comprenden en esta disposición los autos que tengan fuerza de definitivos y contra los que no se hubiere interpuesto recurso alguno, a no ser que se demostrara que cambiaron las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción"; d) La ley llama a las resoluciones que pronuncia el juez en vía de jurisdicción voluntaria providencias y no sentencias (Artículos 897 y 898), lo que demuestra que no les atribuye las características de una sentencia, no obstante lo cual admite que se interponga en contra de ellas el recurso de apelación; e) En la jurisdicción voluntaria deberá ser oída la persona cuyo interés se afecte por virtud del proceso, así como el Ministerio Público en los siguientes casos: I. Cuando la solicitud promovida afecte los intereses públicos; II. Cuando se refiera a persona o bienes de menores o incapaces; III. Cuando tengan relación con los derechos o bienes de un ausente; IV. Cuando lo dispusieren las leyes (Artículo 895).⁴⁷

En el Diccionario Jurídico Mexicano se establece que "con la expresión jurisdicción voluntaria se suelen designar aquellos actos y procedimientos que se realizan ante funcionarios judiciales, con el objeto de que estos verifiquen la existencia de ciertas situaciones jurídicas o la satisfacción de determinados requisitos legales, sin que haya conflicto entre partes y sin que las resoluciones que aquéllos lleguen a pronunciar puedan adquirir la autoridad de la cosa juzgada. La expresión jurisdicción voluntaria tiene sus orígenes en el derecho romano y proviene de un texto de Marciano en el que se indicaba que los procónsules tenían, fuera de la Ciudad, jurisdicción "pero no contenciosa, sino voluntaria: para que ante ellos (pudieren) ser

⁴⁷ Pallares, Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil, Vigésima Quinta

manumitidos tanto los libres como los esclavos y hacerse adopciones...".(Alcalá Zamora, p. 117.). Por esta razón se ha intentado formular el concepto de jurisdicción voluntaria por oposición al de jurisdicción contenciosa. En este sentido, Escriche señalaba que se llamaba jurisdicción voluntaria "por oposición a la contenciosa: a) la que se ejerce por el juez en las demandas que, ya por su naturaleza, ya por razón del estado de las cosas, no admiten contradicción... La *intervolentes*, esto es a solicitud o por jurisdicción voluntaria se ejerce siempre con consentimiento de las dos partes" (p.114.). Siguiendo la tradición hispánica, tanto el CPC (a. 893) como el CFPC (a. 530) disponen que la "jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas". En el mismo sentido, el a. 982 de la LFT establece: "Se tramitarán conforme a las disposiciones de este Capítulo (III "Procedimientos paraprocesales o voluntarios"), todos aquellos asuntos que, por mandato de Ley, por su naturaleza o a solicitud de parte interesada, requieran la intervención de la Junta, sin que esté promovido jurisdiccionalmente conflicto alguno entre partes determinadas". La característica común y esencial en todos estos procedimientos consiste en la ausencia de Litigio entre partes. Con acierto ha señalado Alcalá-Zamora que "en la jurisdicción voluntaria el litigio está ausente, a veces latente ..., pero nunca presente" (pp. 157-158). Por esta razón, las leyes procesales suelen disponer que cuando surja oposición de parte legítima, el procedimiento de jurisdicción voluntaria se dará por terminado y

deberá iniciarse el respectivo juicio (aa. 896 del CPC y 533 del CFPC). También la jurisprudencia de la SCJ ha puntualizado que contra las resoluciones pronunciadas en los procedimientos de jurisdicción voluntaria procede el juicio de amparo, como “actos fuera de juicio” Apéndice al SJF, 1917-1985, cuarta parte, Tercera Sala, tesis número 169, p. 508. Otro rasgo común de estos procedimientos es la reformabilidad de las resoluciones que los juzgadores pronuncian a su conclusión, a diferencia de lo que ocurre con las sentencias que ponen término a los juicios, cuyo destino normal es la inmutabilidad que adquieren en virtud de la cosa juzgada. En este sentido, las leyes procesales suelen facultar al juez para variar o modificar las providencias que dicten con motivo de estos procedimientos, “sin sujeción estricta a los términos y formas establecidos respecto de la jurisdicción contenciosa”, cuando cambien las circunstancias en que se basó para dictarlas (aa. 897 del CPC y 534 del CFPC). Esto no significa que las mencionadas resoluciones carezcan de eficacia, ya que, como ha advertido Fix-Zamudio –siguiendo la distinción formulada por Liebman entre eficacia y autoridad de la sentencia-, “la eficacia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria consiste en declarar o constituir una situación jurídica en beneficio de los solicitantes, en tanto que su autoridad, o sea la cualidad de tales efectos, se traduce en un estado preclusivo, el cual implica la inmutabilidad formal de tales efectos, en tanto no cambien los supuestos que le dieron origen” (p. 48). En la doctrina procesal mexicana predomina la orientación que niega a la llamada jurisdicción voluntaria carácter jurisdiccional. En este sentido, es comunmente aceptada la afirmación de que la llamada jurisdicción voluntaria no es jurisdicción ni tampoco es voluntaria: no es jurisdicción, porque ésta actúa, por definición,

sobre un litigio y la voluntaria presupone, como hemos visto, la ausencia de litigio; ni es voluntaria, ya que regularmente los interesados recurren a ella porque así se los impone una disposición legal.⁴⁸ Para tratar de destacar lo no jurisdiccional de estos procedimientos, algunos autores han propuesto diversas denominaciones (“procedimiento judicial no litigioso” ha sugerido Medina Lima), pero hasta ahora se suele conservar la designación tradicional. La reforma de 1980 a la LFT introdujo la denominación “procedimientos paraprocesales o voluntarios”. Un sector de la doctrina ha señalado la necesidad de trasladar el conocimiento de estos procedimientos a otros órganos del Estado, con el fin de concertar en los juzgadores exclusivamente la función jurisdiccional en sentido estricto (en este sentido opina Rascón Banda). Los ordenamientos procesales suelen establecer la posibilidad genérica de promover estos procedimientos de jurisdicción voluntaria y, además, regular algunos procedimientos específicos. Entre los procedimientos específicos de jurisdicción voluntaria que prevé el CPC podemos destacar los siguientes: 1) Las declaraciones de minoridad e incapacidad y los respectivos nombramientos de tutores y curadores (aa. 902-914); 2) La autorización para vender y gravar bienes y transigir derechos de menores, incapacitados y ausentes (aa. 915-922); 3) La adopción (aa. 923-926); 4) Las informaciones ad perpetuam (aa. 927-931); 5) El apeo y deslinde (aa. 932-937); 6) Los “incidentes” con intervención del Ministerio Público previstos en el artículo 938; 7) El depósito de menores e incapacitados en los términos del artículo 939. Por su parte, el CFPC, reglamenta como procedimiento de jurisdicción voluntaria

⁴⁸ Por lo que respecta a la declaración de ser formal el testamento ológrafo, dentro del Código Civil y del Código de Procedimientos Civiles se carece de alguna disposición que determine esta imposición.

las informaciones *ad perpetuam rei memoriam* y, aunque fuera del título correspondiente, el apeo o deslinde (aa. 538-542 y 513-520, respectivamente). Por último, la LFT regula algunos procedimientos como son: 1) El otorgamiento de depósitos o fianzas (a. 984); 2) La suspensión del reparto adicional de utilidades a los trabajadores (a. 985); 3) La ratificación y aprobación de convenios (a. 987), etc.”⁴⁹

El maestro Jorge Obregón Heredia en su *Diccionario de Derecho Positivo Mexicano*, expone. “jurisdicción voluntaria la define Caravantes como la averiguación previa que se hace judicialmente y a prevención, para hacer constar hechos que pudieran afectar en lo sucesivo el interés o el derecho de los que la promueven, y Manuel de la Plaza transcribe la siguiente definición, sin mencionar su autor: “Las informaciones **ad perpetuam** consisten en justificar con testigos ciertos hechos, que al que las promueve interesa queden consignados de modo solemne, a fin de que consten en lo sucesivo y no puedan desaparecer, olvidarse o desfigurarse con el transcurso del tiempo.”

“Las informaciones de que se trata tiene por objeto exteriorizar en forma solemne y documental el derecho que asiste a la persona que las promueve a cuyo nombre se promueve, o bien, preconstituir una prueba, fuera de juicio, de determinados hechos. Tiene analogía con ciertos medios preparatorios del juicio, los actos preparatorios de juicio ejecutivo. Sin embargo hay diferencias importantes que distinguen estas dos figuras procesales, a saber: a) Las informaciones se llevan en vía de jurisdicción voluntaria y, por tanto, presuponen que no hay cuestión entre partes. Lo contrario acontece con los medios

⁴⁹ *Diccionario Jurídico Mexicano, Cuatro Tomos, Sexta Edición, Editorial*

preparatorios que van a integrar los autos del juicio, cuando éste se promueva; b) Las informaciones se llevan a cabo sin audiencias de una contraparte que no existe, mientras que en los medios preparatorios sucede lo contrario por mandato expreso de la ley; c) Las informaciones se realizan para preconstituir una prueba sin tener a la vista un juicio concreto en qué hacerlas valer, sino para utilizarlas judicialmente o extrajudicialmente, sea ante las autoridades administrativas o en los negocios entre particulares. Los medios preparatorios, por el contrario, se promueven para hacerlos valer en un juicio que enseguida va a iniciarse y a cuyos autos aquéllos se agregan; d) Las informaciones deben sobreseerse si parte legítima se opone a ellas, porque se llevan a cabo en vía de jurisdicción voluntaria. No así los medios preparatorios a juicio.”

“Jurisdicción Voluntaria. Concepto. Sus orígenes se encuentran en el derecho romano, proviene de la palabra **jurisdictionae voluntaria**, que denota la intervención **oficial** en ciertos negocios jurídicos, tales como la adopción, emancipación, etc. **Su diferencia con la jurisdicción contenciosa.** En la jurisdicción voluntaria la autoridad interviene **sine cause cognitio**, no con el propósito de examinar una controversia entre los litigantes, como acontece en la **causae cognitio**, que origina cuestiones contenciosas, que se conocen como **jurisdictio contenciosa**. En el derecho moderno, no ha sido posible encontrar el nombre técnico adecuado para suplir la terminología de Jurisdicción Voluntaria, pues de su propia naturaleza, se puede advertir no es función privativa de los órganos jurisdiccionales sino, muy al contrario, es ejercida por funcionarios como registradores, cónsules y oficiales del

Registro Civil; al igual que, por auxiliares con patente, como sucede con los notarios. Para el estudio de la jurisdicción voluntaria tropezamos con problemas relativos a una herencia y tradición de derecho Romanista, en la cual privan conceptos y divisiones en nuestra práctica judicial.”⁵⁰

Establece la legislación procesal del Distrito Federal en su artículo 893, que “La jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la Ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas.

A solicitud de parte legítima podrán practicarse en esta vía las notificaciones o emplazamientos necesarios en procesos extranjeros.”

Esto es en cuanto a lo establecido por la legislación procesal vigente para el Distrito Federal, pero en cuanto a los aspectos y dificultades que contiene la elaboración doctrinal en su conjunto con respecto a esta figura, parece tener como preocupación básica la que podría plantearse con estas dos interrogantes: ¿Es la jurisdicción voluntaria parte esencial de la función jurisdiccional del Estado?. Opuesta la jurisdicción voluntaria a la jurisdicción contenciosa ¿tiene aquella la misma naturaleza que ésta?. Los expertos en la doctrina jurídica, como lo veremos a continuación, sin importar el tiempo o lugar en que hayan escrito sus obras y sin menoscabar la evolución que caracteriza al derecho procesal, con palabras mas, palabras menos, coinciden con respecto de los elementos que conforman la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria.

⁵⁰ Obregón Heredia, Jorge, Diccionario de Derecho Positivo Mexicano, Primera Edición, Editorial Obregón y Heredia, S.A., México, 1982.

Giuseppe Chiovenda por ejemplo, nos enseña que la jurisdicción puede ser definida como la función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley mediante la sustitución, por la actividad de los órganos públicos, de la actividad de los particulares o de otros órganos públicos sea el afirmar la existencia de la voluntad de la ley, sea al hacerla prácticamente efectiva. En cambio, nos dice, no puede incluirse entre las actividades jurisdiccionales a la llamada "jurisdicción voluntaria", que no es en absoluto jurisdicción en el sentido que se acaba de exponer. Manifiesta el maestro Chiovenda: "en consecuencia, la contraposición tradicional entre "jurisdicción voluntaria" y "contenciosa" es impropia; se llamó, con nombre romano, en la doctrina y en la práctica del proceso italiano de la Edad Media, *Jurisdictio Voluntaria*, a aquel complejo de actos que los órganos de la jurisdicción realizan frente a un solo interesado o en virtud de acuerdo de varios, in volentes; y el nombre sirvió también para designar, entre esos actos, aquellos que con el tiempo pasaron de la competencia de los jueces ordinarios a la de los notarios. El nombre resulta de la función habitual del órgano jurisdiccional, por eso vemos que una gran parte de actos de jurisdicción voluntaria son confiados al Juez. Esto no quita para que tales actos sean de simple administración; pero tratándose de actos que requieren una especial aptitud y especiales garantías de autoridad en los órganos a que se confían, es natural que el Estado utilice para responder a esas exigencias la misma jerarquía judicial ordinaria."

El maestro Chiovenda establece como diferencia de la contenciosa en su fin constitutivo: "Los actos de jurisdicción voluntaria tienden siempre a la constitución de estados jurídicos

nuevos o contribuyen al desenvolvimiento de relaciones existentes. En cambio, la jurisdicción verdadera y propia tiende a la actuación de relaciones existentes. Sabemos que la jurisdicción supone un juicio sobre una voluntad de ley referente a las partes y la sustitución de la actividad de las partes por la del órgano público, sea al afirmar la existencia de esa voluntad, sea al hacer cuanto sea necesario para que se consiga el bien garantizado por la ley. La jurisdicción civil, por consiguiente, supone en una de las partes la expectativa de un bien frente a la otra, sea este bien una prestación, un efecto jurídico o pura declaración, sea un acto de seguridad provisional, sea una ejecución. Esto falta en la jurisdicción voluntaria, no hay en ella dos partes; no hay un bien garantizado en contra de otra persona, una norma de ley que actuar contra otro, sino un estado jurídico que sin la intervención del Estado no podría nacer o desarrollarse, o se desarrollaría imperfectamente. Característica de la jurisdicción voluntaria no es, por consecuencia la falta de controversia, sino la falta de dos partes. La jurisdicción contenciosa también llega a tener procedimiento sin contienda (en casos en que el demandado se allana o cuando incurre en contumacia), pero no sin dos partes. En la jurisdicción voluntaria existen uno o más solicitantes, pero no partes. Por lo tanto, como reseña de los actos más importantes de jurisdicción voluntaria tenemos: 1º. Intervención del Estado en la formación de sujetos jurídicos. Única manifestación de esa actividad es la constitución de personas jurídicas mediante el reconocimiento; 2º. Intervención en la integración de la capacidad jurídica. Regulación general de la tutela (nombramiento, vigilancia, revocación del tutor, etc.); tutela e intervención en los actos de las personas morales o entes

colectivos (municipios, obras benéficas, sociedades, etc.); 3°. Intervención en la formación del estado de las personas. O contribuyendo a formularlo (en la declaración de ausencia, adopción) o documentándolo (aclaración de acta de registro civil).⁵¹

Por su parte, el maestro Piero Calamandrei nos explica que en la zona fronteriza entre la función jurisdiccional y la administrativa, está la llamada jurisdicción voluntaria; la cual, aún siendo, función sustancialmente administrativa es subjetivamente ejercida por órganos judiciales y por eso se designa tradicionalmente con el nombre equívoco de jurisdicción, si bien acompañado con el atributo de voluntaria que tiene la finalidad de distinguirla de la verdadera y propia jurisdicción llamada contenciosa. Expone el maestro Calamandrei: "Esta llamada jurisdicción voluntaria deriva su nombre tradicional de la función, un tiempo atribuida a los Jueces, de documentar, como hacen hoy los notarios, los acuerdos entre contratantes, inter volentes. Sólo la jurisdicción contenciosa es jurisdicción mientras la jurisdicción voluntaria no es jurisdicción, sino que es administración ejercida por órganos judiciales. Por su contenido, la jurisdicción voluntaria entra en la rama más vasta de la función administrativa que se suele llamar administración pública del derecho privado y que comprende todas aquellas actividades con las cuales, en formas múltiples y a través de órganos variados, el Estado interviene para integrar la actividad de los particulares dirigida a la satisfacción de sus intereses mediante el desarrollo de las relaciones jurídicas. En algunos casos basta la voluntad de los interesados, manifestada en ciertas formas,

⁵¹ Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Volumen II, *Las Relaciones Procesales, La Jurisdicción y Los Sujetos del Proceso*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, pág. 17.

para producir los efectos jurídicos deseados (crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas mediante declaraciones de voluntad), en otros el efecto no puede producirse si la voluntad de las partes no es integrada con la intervención de un órgano del Estado, el cual, o limitándose a una simple verificación de legalidad o también, a veces, entrando a examinar la oportunidad del acto con criterios discrecionales, obra como colaborador de los particulares para la producción del efecto jurídico deseado por ellos y, por consiguiente, para la satisfacción de los fines que los particulares, a través del negocio, se proponen. Esta administración pública del derecho privado sin que por esto cambie su naturaleza, se confía por razones de conveniencia práctica o de tradición histórica, a los órganos judiciales y entonces toma el nombre de jurisdicción voluntaria. Con este elemento la podemos definir como la administración pública del derecho privado ejercida por órganos judiciales. La jurisdicción voluntaria entra en la actividad social, no en la actividad jurídica del Estado; también para éste, lo mismo que para la actividad administrativa, el derecho no es fin sino medio, que sirve para la satisfacción de otros fines, esto es, para la constitución de nuevas relaciones correspondientes a intereses sociales dignos de especial asistencia.⁵²

Prieto Castro y Ferrándiz en su obra de Derecho Concursal establece que "del derecho romano proviene el nombre de jurisdicción voluntaria (*jurisdictio voluntaria*), para denotar la intervención oficial en determinados negocios, como la adopción, la emancipación y semejantes, siendo en él acertado el calificativo, ya que la autoridad actuaba *sine causae cognitio*, o sea, no con fines de preparación o de examen de un negocio

⁵² Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Volumen I,

contenciosamente a diferencia de aquellos otros casos en que la actuación judicial tenía por base una *causae cognitio* y eran considerados como cuestiones contenciosas". Señala el maestro Prieto Castro que actualmente el nombre se conserva por las dificultades que ofrece el hallar otro distinto que pueda comprender la extraordinaria variedad de esta manifestación de la actuación pública, pues, por lo demás, dicha terminología es totalmente inadecuada, ya que entre otras particularidades, no está encomendada con carácter exclusivo a los órganos que son titulares de la jurisdicción, los Tribunales, sino también a otros funcionarios públicos, como son, especialmente, notarios, registradores y cónsules, además de los encargados de los diversos registros públicos civiles y mercantiles. Sin embargo, también en otros sistemas jurídicos se usa la misma denominación. El maestro Prieto Castro define a la jurisdicción voluntaria como "una actividad ejecutiva, realizada por órganos judiciales o no judiciales, encaminada a tutelar el orden jurídico mediante la constitución, aseguramiento, desenvolvimiento y modificación de estados y relaciones jurídicas con carácter general, o sea, frente a todos. Por consiguiente, esta actividad no es la consecuencia del ejercicio de una acción en una demanda, dirigida a lograr la realización del derecho objetivo por sentencia, sino una actuación simplemente pedida por solicitud donde faltan las dos posturas de parte en sentido estricto, necesarias en la jurisdicción contenciosa."⁵³

El maestro Mario A. Oderigo expone que dentro de la jurisdicción judicial, cabe distinguir la contenciosa (*inter nolentes*) de la

Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, pág. 191.

⁵³ Prieto Castro y Ferrándiz, Leonardo, *Derecho Concursal, Procedimientos Sucesorios, Jurisdicción Voluntaria, Medidas Cautelares*, Segunda Edición, Editorial Tecnos, S. A., Madrid España, 1986, pág. 180.

voluntaria (inter volentes). La primera, nos dice, "como su nombre lo indica, es la que se ejercita con relación a procesos contenciosos, a procesos destinados a la composición de conflictos litigiosos, a procesos caracterizados por la presencia de partes opuestas, de partes contrarias, de sujetos que no quieren lo mismo con relación al objeto del proceso: un acreedor que demanda el pago de la deuda negada o resistida por el deudor. La jurisdicción voluntaria, en cambio, se ejercita con relación a procesos en que falta la contienda, en que el conflicto no alcanza la categoría de litigio, en los cuales por tanto la intervención del juez no está enderezada a un pronunciamiento decisorio relativa a pretensiones personales incompatibles, sino a un mero reconocimiento y consecuente autenticación de una situación de hecho, jurídicamente trascendente." El maestro Mario A. Oderigo concluye: "Dos cosas más: La primera, que en realidad lo voluntario no parece ser la jurisdicción sino el proceso; y prueba de ello es que para definir a la jurisdicción voluntaria igualmente que otros autores, hemos tenido que referirnos a las características de los procesos en los cuales se ejercita. La segunda, que no encontramos ningún motivo valioso para negar naturaleza jurisdiccional a la función cumplida por el juez en tales procesos y calificarla como administrativa; porque la necesidad de reconocer la voluntad de una norma jurídica con relación a un caso concreto no se presenta como consecuencia de la contienda, sino del conflicto de intereses."⁵⁴

Por su parte, el maestro Bienvenido González Poveda establece que "el objeto de acto de jurisdicción voluntaria es una petición al órgano jurisdiccional consistente en una declaración de voluntad

⁵⁴ Oderigo, Mario A., Lecciones de Derecho Procesal, Tomo I, Parte General, Séptima Reimpresión 1985, Reimpresión Inalterada, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989, pág. 213.

dirigida al juez para que realice una determinada actuación en tutela de una relación o estado de derecho privado. La solicitud es un acto de "petición", que a diferencia de la pretensión procesal no se dirige contra o frente a persona determinada. El acto de jurisdicción voluntaria es un procedimiento de parte única. Este acto de tutela puede ser en:

- Actos Constitutivos, cuya finalidad es, previa comprobación de la existencia del presupuesto de hecho de la norma, la creación, modificación o extinción de un derecho o estado, o la creación de un presupuesto o de una condición del cambio jurídico.
- Actos de Homologación, consistente en la comprobación de ciertos hechos o aún de la existencia del derecho del que dichos hechos son el presupuesto.
- Actos de Documentación y de Presencia. Su finalidad esencial es la de dejar constancia documental de ciertos actos o hechos, cumpliendo una función específicamente notarial.⁵⁵

Por otro lado, el maestro Contreras Vaca nos explica que la jurisdicción voluntaria se contempla en el título decimoquinto (se infiere que del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal) y que puede definirse como la actuación practicada por la autoridad judicial, a solicitud de persona autorizada, cuando de motu proprio considera necesaria la intervención del tribunal o porque la ley lo exige para verificar la existencia o el cumplimiento de ciertos hechos o actos, los cuales una vez satisfechos producen el resultado previsto en la hipótesis

⁵⁵ González Poveda, Bienvenido, *La Jurisdicción Voluntaria, Doctrina y Formularios*, Tercera Edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 35.

normativa, sin que el juez ejercite su facultad jurisdiccional debido a que no se plantea controversia alguna.⁵⁶

Aunado a lo expuesto con anterioridad, existen criterios que tienden a prevalecer que la naturaleza de la llamada jurisdicción voluntaria es seguramente la que afirma que es verdadera y propia jurisdicción y no meramente actividad administrativa o cuasoadministrativa. Aún los que sostienen estos criterios reconocen de los actos de la jurisdicción voluntaria caracteres específicos que los distinguen de los administrativos, aún prescindiendo del órgano que los produce. La actividad contenciosa entraña siempre una actividad con relación a un conflicto de intereses; la voluntad no supone esta oposición, sino la necesidad de documentar, tutelar o garantizar una especial situación jurídica; en realidad —se ha señalado— los intentos de distinguir entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria han conducido al fracaso, precisamente porque no hay manera de separar actividades que tienen idéntica naturaleza.

El maestro Cipriano Gómez Lara, no comparte este punto de vista, ya que para él, la única genuina jurisdicción es la contenciosa, así como el contenido de todo proceso es siempre un litigio, consecuentemente en toda tramitación en que no exista como contenido un litigio, no habrá una genuina jurisdicción. Es decir, el maestro sostiene que la mal llamada jurisdicción voluntaria no es ni jurisdicción ni tampoco voluntaria. Señala que se trata de una actividad de naturaleza administrativa, que por razones de política judicial se encomienda o se pone en las manos de los tribunales con objeto de que a través de esa intervención se certifique, se sancione, se otorgue fe de ciertos hechos o actos jurídicos, más que nada

⁵⁶ Contreras Vaca, Francisco Jose, op. cit., pág. 11.

como requisito formal y en muchas ocasiones de autenticidad y de garantía de legalidad. Agrega que tan es así que no existe obstáculo alguno para que, por meras razones de conveniencia y, se repite, de política, ciertas atribuciones de estos trámites o gestiones de la llamada jurisdicción voluntaria, en un momento dado, puedan reubicarse, es decir, ponerse en manos de otros funcionarios administrativos o de notarios. Reitera el maestro que es evidente que en los trámites de la llamada jurisdicción voluntaria, existe un especial interés de la sociedad, del Estado y de los propios particulares que los piden o solicitan, de que se sancione, certifique o autentifique algo, insiste que para una mayor garantía de formalidad legal, y porque el legislador ha querido que muchos actos, para protección de la sociedad y de los interesados en ellos, no tengan plena validez ni puedan surtir efectos si no han sido realizados, sancionados y autorizados por los funcionarios judiciales.⁵⁷

Basándonos en el concepto legal que determina el Código Procesal Civil, si bien es cierto que de algún modo, la enunciación del concepto de jurisdicción voluntaria coincide con la función que en este orden ejerce el órgano jurisdiccional respecto a que no existe litigio, también es muy cierto, que tal concepto no comprende en su totalidad el ejercicio de la misma, al no enunciar que ésta, también se ejerce por auxiliares, como son los notarios, registradores, oficiales del Registro Civil, etc. Como podemos concluir, en la jurisdicción voluntaria, partes es sustituido por el de solicitante o interesado, se sustituye también el concepto de demanda por el de solicitud; y el proceso, litigio o pleito por actos consensuales. Si se llega a adoptar esta

⁵⁷ Gómez Lara, Cipriano, Derecho Procesal Civil, Primera Reimpresión,

terminología, que se afirma ser la más adecuada técnicamente, es dado al convencimiento a que se ha llegado respecto a que en la actividad desarrollada conjuntamente por los solicitantes, no se busca, como en la contenciosa, la realización del derecho objetivo a través de la sentencia por una de las partes, sino una actuación del órgano a efecto de que constate, integre, certifique, sancione legítimamente y a veces cree el fin propuesto por los solicitantes y, así, éste tenga validez, o bien se haga constar el acto que ejecutan. De lo anteriormente expuesto, podemos subrayar que la jurisdicción voluntaria es una actividad ejecutiva, que se realiza por órganos judiciales o no judiciales, que sirve para tutelar el orden jurídico a través de la constitución, integración, rectificación, ratificación, sanción, certificación de documentos, estados y relaciones jurídicas.

En el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal se establecen 48 artículos (del 893 al 939) donde se ubican los lineamientos relacionados a la jurisdicción voluntaria dentro del Título Décimo Quinto, el cual se divide en siete capítulos que tratan los siguientes temas: I Disposiciones Generales; II Del nombramiento de tutores y curadores y discernimiento de estos cargos; III De la enajenación de bienes de menores o incapacitados y transacción acerca de sus derechos; IV Adopción; V De las informaciones ad perpetuam; VI Apeo y deslinde; VII Disposiciones relativas a otros actos de jurisdicción voluntaria.

3.2 APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN MATERIA DE SUCESIONES.

Como es sabido, el concepto de Juicios Universales se establece según un criterio de derecho material, que los contrapone a los singulares, en atención a que su extensión patrimonial sea total o parcial. Pero esa circunstancia ha trascendido en el derecho procesal hispánico, desde el contenido al procedimiento, el cual presenta trazos inconfundibles, que permitirían postular una interpretación procesalista de la universalidad, referible a las dos clases fundamentales de 'juicios' que comprende, los concursales y los sucesorios, pese a las diferencias esenciales que entre ellos median. Los elementos para propugnar esa interpretación serían, según expone el maestro Niceto Alcalá-Zamora: "ante todo, la existencia de una masa de bienes con personalidad procesal propia (al menos, en determinados momentos o para ciertos casos), a título de patrimonio autónomo; en segundo lugar, la intervención de órganos parajudiciales junto a los estrictamente judiciales; en tercer lugar, la confluencia de criterios puramente procesales y de proyecciones de jurisdicción voluntaria sobre zonas más o menos dilatadas de juicios sucesorios; finalmente, el carácter de ejecución general que unos y otros poseen, en cuanto procedimientos distributivos del patrimonio autónomo entre varios pretendientes, aunque la clase a que pertenecen sea distinta, todo ello sin contar con afinidades ... en orden a las medidas cautelares y a la intervención en ellos del Ministerio Público". Nos señala el maestro Alcalá-Zamora que sin embargo, las coincidencias señaladas no son absolutas e inmutables, y "el día en que la testamentaría salga definitivamente del área judicial, el sector de los juicios

universales se mostrará como territorio jurídico muy distinto. Pero mientras subsista con su presente carácter, surge la duda de si corresponden a la jurisdicción contenciosa, a la voluntaria o inclusive a la mixta.

Con referencia a los juicios sucesorios y más concretamente a la testamentaria, esta pertenece, incluso conforme a ciertos preceptos que desmienten su clasificación legal como "juicio" a la jurisdicción voluntaria, hasta el extremo de poderse tramitar extrajudicialmente, forma que resulta mucho más ventajosa. Debe, pues, salir de los códigos procesales, como miembros del grupo de aquellos en que, no solo sin la menor dificultad, sino también con las máximas ventajas, el juzgador puede y debe ser sustituido por notarios, registradores del estado civil o de la propiedad, ya que al perder su cualidad de jurisdicción voluntaria judicial, pasaría a los cuerpos legales que rijan la actividad de los funcionarios a quienes se encomiende; y si con ocasión de las operaciones divisorias extrajudiciales del caudal relicto, surge pugna, entonces, cual sucede ahora, se convertiría en contenciosa y se substanciaría conforme al juicio que corresponda a su cuantía. Con mayor motivo todavía son procedimientos de jurisdicción voluntaria los relativos a la apertura y protocolización de testamentos, de acuerdo con la ley española y en contra de diversos códigos mexicanos. El abintestado, si lo desligamos de las medidas cautelares que lo rodean y de los llamamientos edictales de que se vale, tiene por objeto esencial hacer la declaración judicial de herederos (801, 804, 807 y 809 C.P.C. mexicano). Si el aspirante a la herencia es único o si siendo varios, sus pretensiones son compatibles, no hay por parte alguna litigio ni conflicto, y el procedimiento, que se limita entonces a la homologación del derecho aducido,

pertenece a la jurisdicción voluntaria; cuando, por el contrario, medie pugna entre los pretendientes, estaremos en el campo de la jurisdicción contenciosa. Esa discrepancia no es obstáculo para que la finalidad declarativa sea la misma en las dos hipótesis ni para que el procedimiento pueda en ambas ser idéntico o muy parecido. En tales circunstancias, carecería de fundamento instaurar una dualidad legislativa y, por lo tanto, el ab intestato (en el caso de que exija una tramitación especial) quedará en los códigos procesales, ya que incluso cuando es voluntario, la trascendencia de la declaración de herederos justifica que de ella conozca la autoridad judicial. El ab intestato, regulado como contencioso, funcionaria en ocasiones como voluntario y en ellas pertenecería al sector de aquellos que al margen de toda perspectiva o propósito procesal, tiene por objeto rodear de mayores garantías la tramitación de expedientes en que la autorización, la homologación o la dación de fe judiciales (no jurisdiccionales) se reputen por el legislador indispensables, o, por lo menos, preferibles a las emanadas de funcionarios de otros órdenes.

En resumen, los juicios universales se hallan en el tránsito de la jurisdicción contenciosa a la voluntaria, más próximos y cercanos a la segunda los juicios sucesorios⁵⁸.

Enriqueciendo lo anteriormente expuesto, el maestro González Poveda nos explica que la forma pública es el elemento esencial de ciertos tipos de testamentos porque garantiza su autenticidad y da solemnidad y seriedad al acto eliminando toda duda sobre

⁵⁸ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972), Tomo I, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1974, Págs. 129 y 133.

la intención del testador, esto es, cuando la ley prescinde de la escritura pública, será preciso acreditar la autenticidad del testamento como la de cualquier otro documento privado que deba hacer prueba, para que pueda tener eficacia, es decir, para que pruebe su existencia y contenido y esta es la finalidad del procedimiento, no la de que se provea al documento de forma pública, sino de la eficacia-prueba de la autenticidad y del contenido del documento que la forma pública da y que en este caso falta.⁵⁹

Pasando a examinar la actividad del Estado en la persona del Juez, no frente a una contienda que busca la tutela jurídica de un sujeto frente a otro u otros, sino a la actividad que el legislador ha querido confiar a los órganos jurisdiccionales cuando hay acuerdo de los interesados, y cuando estima que la tutela objetiva de determinados intereses sociales sólo puede lograrse con la intervención de los jueces, a solicitud de un interesado, de varios o del Ministerio Público, el Maestro Becerra Bautista señala que "debido a que es el órgano jurisdiccional el que interviene tanto en las contiendas entre particulares como en los actos de jurisdicción voluntaria, la reglamentación adjetiva de ésta participa de conceptos, formas y estructura que son propias de la jurisdicción contenciosa. Si bien es cierto que no pueden ser idénticas ni la actividad del Estado-Juez ni de las partes en ambas jurisdicciones, precisamente porque la voluntaria no tiende a lograr la aplicación de sanciones contra quienes no realicen la conducta prescrita en la norma abstracta o no respeten la facultad otorgada al titular de un derecho, la ley adjetiva se ve en la necesidad de crear actividades procesales,

⁵⁹ González Poveda, Bienvenido, op. cit., pág. 1137.

en el desarrollo de jurisdicción voluntaria con base en conceptos propios de la contenciosa ordinaria. Pero conviene recalcar que ambas jurisdicciones son distintas y que, por tanto, el modus procedendi debiera ser diverso". "Al no ser diverso", recalca el Maestro Becerra Bautista, "debe tenerse en cuenta que siempre que se emplean términos de la jurisdicción contenciosa estos deben ser aceptados con la reserva que impone la diversidad de fines que la jurisdicción voluntaria persigue. La doctrina ha llegado a la conclusión de que la jurisdicción voluntaria ni es jurisdicción, porque no tiende a la aplicación de la ley a un caso controvertido entre partes, ni es voluntaria, porque los particulares se ven forzados a recurrir a ella si quieren asegurar la eficacia de un acto jurídico determinado, cuando el legislador ha subordinado la eficacia jurídica de ese acto a la intervención de un juez."

"La competencia funcional que la doctrina atribuye a los jueces en los procesos de jurisdicción voluntaria, corresponde en México a los jueces civiles y de lo familiar (ambos de primera instancia); a estos últimos en forma genérica, se les atribuye competencia en los negocios de jurisdicción voluntaria relacionados con el derecho familiar, o sea, con las cuestiones sobre estado o capacidad de las personas y en general con las cuestiones familiares, muy especialmente con las que atañen a los menores e incapacitados, que antes correspondían a los desaparecidos jueces pupilares".

La jurisdicción voluntaria según el maestro Becerra Bautista, encuentra un límite, esto es, toda cuestión contenciosa hace que cesen los procedimientos voluntarios y que las cuestiones entre partes queden sujetas a los procedimientos ordinarios contenciosos.

Autores como Alfredo Rocco, según el maestro Becerra Bautista, sostienen que se trata exclusivamente de una actividad administrativa a través de los órganos jurisdiccionales, y que otros autores reconocen que la actividad administrativa no agota el contenido de la jurisdicción voluntaria, pues el legislador ha subordinado la producción de determinados efectos jurídicos a un proveído del juez civil siendo, en estos casos, dicho funcionario el encargado de velar por el interés público establecido en el derecho objetivo. Sin entrar en esa discusión, el maestro Becerra estima que pueden distinguirse con claridad en nuestra legislación positiva casos de jurisdicción voluntaria típica, es decir, de contenido administrativo o sea en la formación de relaciones jurídicas concretas, acreditando en forma solemne la legalidad del acto realizado, por separado, los procesos atípicos incluidos en el código como formando parte de la jurisdicción voluntaria.⁶⁰

El maestro Humberto Briseño Sierra establece que la razón por la que se ha formado el capítulo correspondiente a la figura de la jurisdicción voluntaria en los códigos procesales, aparece concretada en el artículo 893 de la Ley Procesal Distrital al señalar que comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas. Sobresale en esta caracterización la circunstancia de la ausencia de cuestión como le llama la ley, o conflicto, como metodológicamente resulta más apropiado designarle. Para que pueda tramitarse el procedimiento respectivo, no debe existir, ni siquiera potencialmente el conflicto, o sea el posible choque de intereses

⁶⁰ Becerra Bautista, José, *El Proceso Civil en México* Octava Edición,

jurídicos entre el solicitante y terceros afectables para bien o para mal por la intervención de la autoridad, ni mucho menos entre los solicitantes en el caso de que su número fuera plural. Esta circunstancia explica el por qué de diversas relaciones o situaciones jurídicas han salido del campo judicial y se han encomendado o a la autoridad administrativa o a sus auxiliares como en el caso de los notanos y los corredores públicos, pues en todo caso lo importante es la necesaria intervención de un tercero a quien se le hayan conferido facultades públicas para realizar determinada función que, inclusive, puede ser sencillamente de dación de fe, de certificación, de autenticación o de registro. Queda de manifiesto que se necesita, primero una instancia de petición y, enseguida, una relación jurídica que constituir o una situación jurídica que declarar y, enseguida, un acto vicario proveniente de tercero, autorizado por la ley para dar eficacia a las manifestaciones de los gobernados. Se diría que estos últimos expresan algo, que para surtir efectos válidamente, debe ser complementado autoritariamente, por lo que cabe hablar de un negocio jurídico, recordando las raíces latinas del vocablo que dan la idea de que se colma o llena un vicio, precisamente el que resulta de que no baste la voluntad del particular para que la relación o la situación alcancen su plena eficacia, y este extremo viene a ser el vicio que negocialmente se llena con la intervención del tercero legalmente facultado para dar a los actos su mayor eficacia.

En realidad, nos señala el maestro Briseño Sierra, las exigencias de la práctica cotidiana están dirigidas hacia una reforma legal que comience por distribuir las figuras contenidas en el Título Décimo Quinto del Código Adjetivo Civil Distrital entre las

diversas autoridades administrativas y las profesiones auxiliares, pues lo determinante es que en ninguna circunstancia se sustancia un proceso y, por lo mismo, tampoco se ejerce jurisdicción. Hay ejemplos que claramente convencen que es recomendable sustraer de la judicatura su intervención, como simples informaciones testimoniales, reconocimientos de objetos o personas, en que no hay contienda entre partes determinadas. A lado de estos supuestos cabe pensar en los deslindes y los apeos, los levantamientos de plano y, las inscripciones registrales también llamadas inmatriculaciones de toda índole. Sobre estas bases fue que ante el VI Congreso Mexicano de Derecho Procesal, que tuvo lugar en la Ciudad de Toluca en el mes de abril de 1974, se presentó el anteproyecto de Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, con la sugerencia de transformar la adscripción y sustanciación de la mal llamada "Jurisdicción Voluntaria", expresándose en el artículo 392 que es el procedimiento negocial para crear, modificar o extinguir relaciones o para declarar situaciones jurídicas no cuestionadas entre partes determinadas.⁶¹

La jurisdicción voluntaria según nuestra experiencia, tiene su aplicación práctica en materia de sucesiones dentro de un Juzgado Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, por solicitud de los interesados y por el que se trate de acreditar un derecho⁶² en la declaración de ser formal el testamento ológrafo, así como en la declaración de ser formal el

⁶¹ El Registro Público de la Propiedad en la Legislación Mexicana, (Primer Ciclo de Conferencias, Dirección General del Registro de la Propiedad, de Comercio y del Plan Director para el Desarrollo Urbano del Distrito Federal). El Registro Público de la Propiedad y los Actos de Jurisdicción Voluntaria, Revista Jurídica, 1978, Colaboración del Dr. Humberto Briseño Sierra.

⁶² Tomando en consideración lo estipulado por los artículos 893 y 927 fracción I del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

testamento privado; ejemplos del primer caso ya los hemos expuesto en lo conducente dentro del Capítulo Segundo al mostrar modelos de audiencias llevadas a cabo en un Juzgado de Primera Instancia en materia Familiar, así como también serán expuestos más ejemplos en el apartado siguiente.

En esta parte del trabajo nos disponemos a fundamentar con otro elemento más, lo que estamos tratando de acreditar, esto es, exponer la aplicación práctica de la jurisdicción voluntaria en materia de sucesiones, especialmente al referirnos al testamento privado. Dentro de la investigación desarrollada hasta este punto, conoceremos un modelo de sentencia en el cual se dispone que se resolverá sobre la validez y formalidad de dicho testamento; transcribiremos omitiendo los nombres, fechas, lugares y demás datos que nos lleven a transgredir la discreción del juicio ventilado en un Juzgado de Primera Instancia en materia Familiar del Distrito Federal, sustituyéndolos por puntos suspensivos. En este modelo de sentencia se señala que anteriormente ya se ha resuelto acerca de la declaración de ser formal el testamento privado en cuestión, con lo cual, estamos robusteciendo y demostrando que dentro de la práctica procesal, es en la vía de jurisdicción voluntaria en la que además de tener como formal un testamento ológrafo, como se ha venido demostrando desde párrafos anteriores, se expone que es en esa misma vía por la que se tiene como formal un testamento privado.

El modelo de sentencia es el siguiente:

“México, Distrito Federal a ... - - - V I S T O S los autos del juicio sucesorio testamentario a bienes de ..., expediente número ..., para resolver sobre la VALIDEZ Y FORMALIDAD DE

TESTAMENTO PRIVADO; y, CONSIDERANDO: - - - UNICO.-
Por escrito presentado en Oficialía de partes Común y turnado al Juzgado ...de lo Familiar del Distrito Federal, el día ..., ...(nombre del denunciante) denunció la sucesión a bienes de ..., quien otorgó su testamento privado en esta Ciudad el día ..., mismo que fue declarado ser formal mediante resolución de fecha ..., dictada en el expediente número ... formado con motivo de la JURISDICCION VOLUNTARIA, DECLARACION DE SER FORMAL EL TESTAMENTO PRIVADO, promovida por ..., tramitada ante el H. Juzgado ... de lo familiar del Distrito Federal; testamento que no fue impugnado; obran en autos los informes en el sentido de que el de cujus no otorgó disposición testamentaria diversa del testamento privado antes citado; por lo que cabe concluir que el autor de la sucesión otorgó el testamento privado que se califica; habiéndose aceptado las constancias del Registro Civil y con fundamento en los artículos 1295, 1296, 1302, 1305, 1313, 1334, 1381, 1385, 1565, y 1570 del Código Civil y 790 y 797 del Código de Procedimientos Civiles, procede declarar válido el testamento en cuestión, y se reconocen los derechos hereditarios de ..., en términos del testamento que se califica en los siguientes términos:- - -
“...Declaro como mi única y universal heredera de todos mis bienes a mi sobrina ... mejor conocida por todos ustedes como ...”. De igual manera se establece el siguiente legado: “Asimismo dejo un legado por \$... para mi sobrino ... el que conocen como ...”; asimismo procede a reconocer la capacidad como heredera a...; y la del legatario ..., en los términos del testamento que se califica, transcritos líneas arriba en el presente punto; y en cuanto a la designación del albacea en el testamento que se califica de nombre ..., aceptó y protestó el cargo que le fue

conferido por el testador, en audiencia celebrada el día ..., con motivo de la junta de herederos, cargo que se le discierne con el cúmulo de facultades y obligaciones inherentes a los de su clase. De todo lo actuado se dio vista a la C. Agente del Ministerio Público de la adscripción, quien emitió su opinión correspondiente esa Representación Social mediante escrito de fecha ...-----

- - - Por lo expuesto, es de resolverse y se, -----

-----R E S U E L V E :-----

PRIMERO.- Se declara válido el testamento privado otorgado por ... el día ..., que fue declarado ser formal mediante resolución de fecha ..., dictada en el expediente número ... formado con motivo de la JURISDICCION VOLUNTARIA, DECLARACIÓN DE SER FORMAL EL TESTAMENTO PRIVADO, promovida por ..., tramitada ante el H. Juzgado ... de lo Familiar del Distrito Federal.- SEGUNDO.- Se reconocen los derechos hereditarios de ..., así como los derechos de legatario de ..., en los términos del testamento privado que se califica.- TERCERO.- Se tiene como albacea definitiva de la presente sucesión a ..., en términos del testamento privado que se califica, a quien se le discierne el cargo con la suma de facultades y obligaciones inherentes de los de su clase.-----

CUARTO.- N O T I F I Q U E S E.- - - A S I lo resolvió y firma la C. Juez ... de lo Familiar del Distrito Federal, Licenciada ..., ante la C. Secretaria de Acuerdos ... Licenciada ..., quien autoriza y da fe."

Una vez expuestos los anteriores puntos de este apartado, pretendemos lograr establecer un criterio unificador que nos remite a la base de la figura jurídica como lo es la Jurisdicción Voluntaria, que en este caso la hemos relacionado con la

materia de sucesiones; esto es, volvemos al punto en el que se nos ha hecho entender por la doctrina y la ley, que la trascendencia representativa de la Jurisdicción Voluntaria es que a través de esta, entre otras vías, se comprueba la autenticidad de actos y documentos de una manera quizás más económica y que está al alcance de todos los interesados, concretamente en este apartado se trata de dos tipos de testamento, que representan intereses que importan a la sociedad y a la ley porque son considerados como todo aquello que se relacione a las sucesiones mortis causa, de carácter universal y de orden público.

3.3 LA VIA IDÓNEA PARA DECLARAR FORMAL UN TESTAMENTO OLÓGRAFO.

La declaración de ser formal el testamento ológrafo se encuentra prevista en el artículo 1561 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual, textualmente determina lo siguiente:

“Art. 1561. 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 éste llena los requisitos mencionados en el artículo 1551 y queda comprobado que es el mismo que depositó el testador, se declarará formal el testamento de éste.”

Por otra parte el artículo 1551 del mismo ordenamiento legal establece: “Este testamento solo podrá ser otorgado por las personas mayores de edad, y para que sea válido, deberá estar totalmente escrito por el testador y firmado por él, con expresión del día, mes y año en que se otorgue.

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

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece el siguiente procedimiento para declarar formal el testamento ológrafo:

“CAPITULO X

Declaración de ser formal el testamento ológrafo

Art. 881. El tribunal competente para conocer de una sucesión, que tenga noticia de que el autor de la herencia depositó su testamento ológrafo como se dispone en el artículo 1553 del

Código Civil, dirigirá oficio al encargado del Registro Público⁶³ en que se hubiere hecho el depósito, a fin de que le remita el pliego cerrado en que el testador declaró que se contiene su última voluntad.

Art. 882. Recibido el pliego, procederá el tribunal como se dispone en el artículo 1561 del Código Civil.

Art. 883. 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 que existan del testador, y teniendo en cuenta su dictamen hará la declaración que corresponda.”

De los preceptos transcritos y de los establecidos en el Código Civil y en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que ya han sido analizados en capítulos anteriores y hasta este punto, así como de los puntos relacionados al tema estudiados de la doctrina, se desprende la inexistencia de la figura jurídica que especifique la vía procesal para declarar formal un testamento ológrafo, fundamentándose sólo en la interpretación o en lo que puede inferir el interesado de lo que explicaré en el apartado primero del siguiente capítulo.

Encontramos dentro de la práctica procesal algunos ejemplos de lo que hemos venido sosteniendo hasta este momento. Al carecer en la legislación civil sustantiva y en la adjetiva del precepto que nos indique de manera expresa la vía o procedimiento por el que se logren alcanzar los efectos del artículo 1561 del Código Civil para el Distrito Federal, se da lugar, entre otros, a los siguientes proyectos de acuerdos por los

⁶³ Debe leerse al encargado del Archivo General de Notarías.

que se trata de resolver ya en la práctica este problema, los cuales han sido investigados y a manera de instrucción nos han sido facilitados para mejor ilustrar el presente trabajo por jueces y secretarios de acuerdos de primera instancia en materia familiar con competencia en el Distrito Federal, con los cuales trato de demostrar que mientras no exista un lineamiento expresamente establecido por la ley, el juzgador se irá abriendo paso ante los embates de los litigantes e interesados que al no contar con elementos que provea el legislador, promueven escritos como prefieren interpretar la ley, retrasando y entorpeciendo el procedimiento judicial práctico y específico, logrando declarar formal el testamento ológrafo con notorias dificultades, obteniendo el consecuente menoscabo de sus propios recursos.

A continuación expondremos algunos proyectos de acuerdos referentes al tema, explicando las características propias de cada asunto, los cuales fueron dictados en expedientes radicados en su momento ante los juzgados de donde nos han hecho favor de ilustrarnos con estos proyectos. Nuestro objetivo en este apartado es hacer notar según los ejemplos en análisis, que existen casos relacionados con el testamento ológrafo dentro de los juzgados de materia familiar, en donde se presenta el grave problema de rezago en el procedimiento que deberá culminar con la debida declaración respectiva de ser formal, en razón de ir aclarando y dictando "dadas cuentas" que rectifiquen errores, los que no se cometerían con tan alto índice, si en la ley se estableciera y especificara la vía correcta por la cual deba ser declarado formal un testamento ológrafo. Quizás han habido casos en los que se promueve en la vía correcta, ya sea por conocimiento, coincidencia o costumbre de los promoventes -de

la cual hablaremos más adelante-, pero en realidad, la mayoría de las veces se seguirán cometiendo y subsanando errores hasta el momento en que se indique expresamente en la ley el procedimiento idóneo que culmine en la celebración de la audiencia a que se refiere el artículo 1561 del Código Civil para el Distrito Federal. Procuraremos ante todo la discreción respectiva que en antenores apartados hemos utilizado, además, mostraremos cómo es que se han rezagado diversas actuaciones judiciales, todo por no contener los elementos necesarios para su buen desarrollo

Las promociones con los acuerdos respectivos que integran diversos expedientes a exponer, todos y cada uno de ellos revestidos con características propias, son las siguientes:

En el presente asunto, es interés tanto de los promoventes como de la C. Agente del Ministerio Público que se sobresea el juicio Intestamentario y se abra el juicio a Testamentario, toda vez que al haberse girado los oficios correspondientes al Archivo General de Notarías, tal y como se ordenó en el acuerdo respectivo, solicitando se informara la existencia de algún testamento depositado en dicha Oficina, ésta contestó mediante atento oficio que en efecto se encontraba depositado un testamento ológrafo, con lo cual se originó el siguiente acuerdo: "México, Distrito Federal a - - - A sus autos el escrito de cuenta, se tiene a la C. AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO ADSCRITA A ESTE JUZGADO, desahogando la vista que se le mandó dar para todos los efectos legales a que haya lugar. Y díjase que no ha lugar a sobreseer la presente sucesión Intestamentaria a la sucesión Testamentaria que indica, en virtud de que si bien es cierto que el artículo 789 del Código de Procedimientos Civiles

para el Distrito Federal establece que: "Si durante la tramitación de un intestado apareciere un testamento, se sobreseerá aquel para abrir el juicio de testamentaría..." también lo es que al haber aparecido como consta de autos un Testamento Ológrafo a nombre de la de cujus, mismo que en términos de ley no es un Juicio Testamentario sino unas DILIGENCIAS DE JURISDICCION VOLUNTARIA PARA QUE EN SU CASO SE DECLARE FORMAL DICHO TESTAMENTO OLÓGRAFO y en el caso de declararse formal el mismo, la secuela procesal siguiente sería la de declarar válido dicho Testamento Ológrafo. En tal virtud y como se dijo antes al haber aparecido un Testamento Ológrafo a nombre de la de cujus, se decreta que la vía en la que se actúa será la de DILIGENCIAS DE JURISDICCION VOLUNTARIA, PARA DECLARAR FORMAL EL TESTAMENTO OLÓGRAFO OTORGADO POR LA DE CUJUS. En consecuencia corrijase la carátula del expediente y háganse las anotaciones respectivas en el Libro de Gobierno de este Juzgado y gírese atento oficio a la C. DIRECTORA DE LA OFICIALÍA DE PARTES COMÚN CIVIL-FAMILIAR DE ESTE TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA, haciendo de su conocimiento la corrección antes indicada.- Notifíquese.- Lo proveyó y firma el C. Juez ante la Secretaria de Acuerdos. Doy Fe."

Después de una serie de actuaciones, se logró fijar fecha para que tuviera verificativo la audiencia a que se refiere el artículo 1561. No transcribiremos la audiencia referida, para dar espacio a mas ejemplos.

Otro asunto ha sido ventilado en Juzgado Familiar con el interés por parte de los promoventes y de la C. Agente del Ministerio Público, que al obrar en autos un juicio Intestamentario, y dado

el informe que rindió el C. Director del Archivo General de Notarías acerca del depósito hecho por la de cujus de un testamento ológrafo, se sobresea dicho juicio para que en su lugar fuera tramitado un juicio Testamentario, a lo cual se dio lugar al siguiente acuerdo "México, Distrito Federal, a ...- - A sus autos el escrito de cuenta. en términos del cual se tiene a la C. Agente del Ministerio Público adscrita a este juzgado, desahogando la vista que se le mando dar, para todos los efectos legales a que haya lugar y a fin de acordar lo conducente respecto a lo solicitado, y la última parte del segundo párrafo de dicho pedimento, se previene a los denunciantes para que manifiesten dentro del término de Ley bajo protesta de decir verdad si tienen en su poder el duplicado del Testamento Ológrafo otorgado por la de cujus, lo exhiban y hecho que sea lo anterior se acordará lo que en derecho proceda. Notifíquese. Lo proveyó y firma el C. Juez de lo familiar y la C. Secretaria de Acuerdos, con quien autoriza y da fe."

Atentos los interesados al estado procesal que se guardaba en autos, y dadas sus actuaciones, recayó el siguiente acuerdo:

"México, Distrito Federal a....- - A sus autos el escrito de cuenta en términos del cual se tiene a la C. Agente del Ministerio Público adscrita a este Juzgado, desahogando la vista que se le mandó dar en actuaciones y dígame a dicha Representante Social que no ha lugar a acordar de conformidad lo solicitado por no corresponder al estado procesal del asunto y no estar ajustado a derecho. Por otro lado y vistas las constancias de autos, se sobresee el presente juicio intestamentario y al advertirse que apareció un testamento ológrafo que en original se sirvió remitir el C. Director del Archivo General de Notarías, resulta procedente tramitarse en la Vía de Jurisdicción

Voluntaria, para Declarar Formal el Testamento ológrafo otorgado por la de cujus, por lo que se manda corregir la vía y el rubro en los términos indicados, para los efectos legales a que haya lugar. Atento a lo anterior, se señalan las ... del año en curso, para que tenga verificativo la Audiencia a que se refiere el artículo 1561 del Código Civil, con citación de los interesados y de la C. Agente del Ministerio Público de la adscripción. Háganse las anotaciones correspondientes en el libro de Gobierno de éste juzgado y mediante atento oficio hágase del conocimiento del C. Director de la Oficialía de Partes Común Civil-Familiar de este Tribunal Superior de Justicia el contenido del presente proveído para que en su caso haga las anotaciones correspondientes.- Notifíquese.- Lo proveyó y firma el C. Juez.- Doy fe.”

En consideración a éste acuerdo la C. Agente del Ministerio Público desahogando la vista que se le mandó dar, contestó que se daba por enterada del auto en referencia, a lo cual, textualmente señaló en su parte conducente: “...en consecuencia y tomando en consideración el mismo, ésta Representación Social hace notar atentamente a su señoría que la sucesión que nos ocupa puede continuarse sin que se tenga que convertir en una Jurisdicción Voluntaria la declaración de formalidad del Testamento Ológrafo otorgado por la de cujus, en virtud de que el artículo 881 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece que: “EL TRIBUNAL COMPETENTE PARA CONOCER DE UNA SUCESIÓN, QUE TENGA NOTICIA DE QUE EL AUTOR DE LA HERENCIA DEPOSITÓ SU TESTAMENTO OLÓGRAFO, COMO SE DISPONE EN EL ARTÍCULO 1553 DEL CODIGO CIVIL, DIRIGIRÁ OFICIO AL ENCARGADO DEL REGISTRO PÚBLICO EN QUE SE

HUBIERE HECHO EL DEPOSITO, A FIN DE QUE LE REMITA EL PLIEGO CERRADO EN QUE EL TESTADOR DECLARÓ QUE SE CONTIENE SU ÚLTIMA VOLUNTAD”, asimismo el artículo 882 del mismo ordenamiento legal establece: “RECIBIDO EL PLIEGO PROCEDERÁ EL TRIBUNAL COMO SE DISPONE EN EL ARTÍCULO 1561 DEL CÓDIGO CIVIL”, por lo que tales preceptos se refieren a que pueden realizarse dentro de la sucesión y no manejan que sea en vía de Jurisdicción Voluntaria, mismos que se encuentran dentro del capítulo X de la Declaración de ser Formal el Testamento Ológrafo, por lo que en consecuencia solicito atentamente a su señoría tenga a bien proceder a regularizar el presente juicio, a fin de que se continúe con el presente juicio sucesorio intestamentario tal y como fue radicado, con la finalidad de evitar confusiones, lo anterior de conformidad en lo dispuesto por el artículo 272-G del Código de Procedimientos Civiles. Por otra parte la suscrita se da por enterada de que se han señalado las ... para que tenga verificativo la audiencia a que se refiere el artículo 1561 del Código Civil.”

A ésta promoción presentada por la C. Agente del Ministerio Público, le fue recaído el siguiente acuerdo:

“México Distrito Federal a... - - A sus autos el escrito de cuenta, se tiene a la C. Agente del Ministerio Público adscrita a este juzgado, desahogando la vista que se le mandó dar para todos los efectos legales a que haya lugar, y respecto a lo solicitado por dicha Representante Social dígase a la misma que por no proceder conforme a derecho y atento a lo ordenado en el diverso proveído de fecha ..., no ha lugar a acordar de conformidad lo solicitado. Notifíquese.- Lo proveyó y firma el C. Juez y C. Secretaria de Acuerdos que da fe.”

Como secuencia al presente asunto, tuvo lugar la audiencia siguiente: "En la Ciudad de México, Distrito Federal siendo las ... horas del día... del mes de ... del año ..., día y hora señalados para que tenga verificativo la audiencia a que se refiere el artículo 1561 del Código Civil para el Distrito Federal, comparecen ante el C. Juez ... de lo Familiar, Licenciado ..., asistido de la C. Secretaria de Acuerdos Licenciada ..., comparece la C. ... quien se identifica con credencial para votar con número de folio ... expedida por el Instituto Federal Electoral, asistida de su abogado patrono Licenciado ..., quien se identifica con copia certificada de su cédula profesional número ... expedida por la Dirección General de Profesiones, documentos que se tienen a la vista se da fe de ellos y se devuelven a los interesados. Se hace constar que comparece la C. AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO adscrita a este juzgado Licenciada EL C. JUEZ DECLARA ABIERTA LA AUDIENCIA: A continuación y en uso de la palabra de la compareciente por voz de su abogado patrono dijo que: En este acto solicito que con fundamento en el artículo 1561 del Código Civil, así como en los requisitos que se establecen en los artículos 1551 y 1553 del referido Código, y por tratarse la presente audiencia de la declaración formal del testamento ológrafo que ha sido puesto a disposición de este juzgado, solicito se proceda en términos de los artículos 882 del Código Adjetivo, en relación con el 1551 referido, lo anterior en razón de que bajo protesta de decir verdad manifiesto que no conocí a las personas que fungieron como testigos del Testamento Ológrafo de la C....., por lo que es menester proceder al reconocimiento de la firma por los medios que refiere la ley. El C. JUEZ ACUERDA: Se tiene por hechas las manifestaciones de la compareciente, por voz de su abogado

patrono, para todos los efectos legales a que haya lugar y a fin de acordar lo conducente. dése vista a la C. AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO. adscrita a éste juzgado para que manifieste lo que a su representación corresponda, quien estando presente y en uso de la palabra dijo que: Se da por enterada de las manifestaciones vertidas por la promovente, en consecuencia esta Representación Social es de la opinión de que su señoría se sirva designar perito en Materia de Grafoscopia, para los efectos del artículo 883 del Código de Procedimientos Civiles. El C. JUEZ ACUERDA: Se tiene a la C. Representante Social adscrita a este juzgado, desahogando la vista que se le mando dar, para todos los efectos legales a que haya lugar, y como lo solicita y con fundamento en el artículo 883 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se designa como Perito en Grafoscopia a ..., con domicilio en ..., a quien mediante NOTIFICACIÓN PERSONAL, se le hará saber su nombramiento para los efectos de su aceptación y protesta del cargo conferido. Y hecho que sea lo anterior se señalará la nueva fecha para la continuación de la presente audiencia. Siendo las ... horas con ... minutos concluyó la presente audiencia, firmando al margen y al calce los que en ella intervinieron en unión del C. Juez y la C. Secretaria de Acuerdos, con quien da fe."

Mediante oficio dirigido a la C. Directora de la Oficialía de Partes Común Civil-Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal hace del conocimiento el Juzgado que fue sobreseido el juicio Intestamentario y al advertirse que apareció un testamento ológrafo que en original se sirvió remitir el C. Director del Archivo General de Notarias, resulta procedente tramitarse en la Vía de Jurisdicción Voluntaria para Declarar Formal Testamento

ológrafo, por lo que se mandó corregir la Vía y el rubro en los términos indicados, para que en su caso hiciera las anotaciones correspondientes dicha Directora. Con posterioridad, la Directora de la Oficialía de Partes tuvo a bien contestar el oficio remitido por el Juzgado, haciéndole saber al C. Juez que se procedió a realizar la corrección solicitada, quedando como juicio Testamentario, con número de expediente X, a lo cual, recayó el acuerdo siguiente: "México, Distrito Federal a....- - - A sus autos el oficio que remite la C. DIRECTORA DE LA OFICIALIA DE PARTES COMÚN CIVIL-FAMILIAR DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL, y atento a su contenido y a lo ordenado en el diverso proveído de ...del año en curso, gírese nuevamente atento oficio a dicha Directora para que se sirva hacer las anotaciones respectivas del presente expediente en la forma que se le precisó, ó sea, que se le corrija la Vía en que se promueve y debiéndose quedar que se trata de Diligencias de Jurisdicción Voluntaria para declarar formal el TESTAMENTO OLOGRAFO, anexándose al oficio ordenado copia simple del proveído citado con anterioridad.- Notifíquese.- Lo proveyó y firma el C. Juez de lo Familiar y Secretaria de Acuerdos. Doy Fe."

Una vez otorgado el dictamen del Perito en Grafoscopia, la C. Agente del Ministerio Público tomando en consideración el estado que guardan los autos fue de la opinión que el C. Juez procediera a declarar sin efectos el testamento ológrafo otorgado por la de cujus, en virtud de que la promovente manifestó desconocer a los testigos de identidad, lo anterior de conformidad en lo dispuesto por el artículo 1563 del Código Civil; este escrito dio lugar al siguiente acuerdo: "México, Distrito Federal a- - - A sus autos el escrito de cuenta, en términos

del cual se tiene a la C. AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO ADSCRITA A ESTE JUZGADO, desahogando la vista que se le mandó dar, para todos los efectos a que haya lugar. Y dígase a dicha representante Social que toda vez que el numeral que invoca establece que "el testamento ológrafo quedará sin efectos 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", y en el presente caso no se dan tales supuestos, en consecuencia no ha lugar a acordar de conformidad lo solicitado, en tal virtud hágase notar a los interesados que una vez que den cumplimiento en el presente juicio al procedimiento establecido por el LIBRO TERCERO, TITULO TERCERO, CAPITULO IV, del Código Civil para el Distrito Federal, se acordará lo que en derecho proceda.- Notifíquese.- Así lo proveyó y firma el C. Juez y C. Secretaria de Acuerdos que da fe."

Este caso lleva en trámite para resolver acerca de la declaración formal o dejar sin efectos el testamento ológrafo, aproximadamente tres años, sobraría señalar el poco interés por parte de los promoventes, toda vez que este expediente ha sido remitido para su debido resguardo al Archivo Judicial.

En el siguiente ejemplo y utilizándose otro criterio muy diferente al expuesto en los dos casos anteriores, se denuncia un juicio testamentario teniendo como base el hecho que la de cujus otorgó testamento ológrafo ante el C. Titular encargado del Archivo General de Notarías. El juzgado admite este juicio, redactando el acuerdo de radicación en la siguiente forma: "México, Distrito Federal a- - - Con el escrito de cuenta y

anexos que se acompañan, fórmese expediente y regístrese en el Libro de Gobierno con el número ... Se tiene por presentada a ... a quien se le tiene señalando domicilio para oír y recibir notificaciones, por autorizadas a las personas que indica en términos del séptimo párrafo del artículo 112 del Código de Procedimientos Civiles. Por presentada a ... denunciando el juicio TESTAMENTARIO a bienes de ... Dése trámite al mismo con fundamento en lo dispuesto por los artículos 790 y 791 y demás aplicables del Código de Procedimientos Civiles. Gírese los oficios de estilo a los Ciudadanos Directores del Archivo Judicial y General de Notarías para que informen a este juzgado si el autor de la sucesión otorgó disposición testamentaria; dése la intervención que corresponda a la C. Agente del Ministerio Público.- Notifíquese.- Lo proveyó y firma el C. Juez quien actúa asistido del Secretario de Acuerdos que da fe.”

Posteriormente se turnó el expediente para la elaboración de los oficios de estilo y la Representación Social desahogó la vista que se le mandó dar en el acuerdo de referencia.

Otra actuación de relevancia objeto de comentario, es el oficio que remitió el Archivo General de Notarías dando contestación a la solicitud del informe que el juzgado había hecho con antelación, en el cual se señalaba que en efecto la de cujus había otorgado testamento ológrafo con fecha X en acta número ... La denunciante de este juicio posteriormente solicitó se girara oficio al Archivo General de Notarías para que éste a su vez remitiera el testamento ológrafo que se encontraba depositado, tal y como lo informó en su momento procesal oportuno esta oficina. Como a todo escrito debe recaer un acuerdo, en este se ordenó la elaboración del oficio respectivo para que fuera remitido dicho testamento ológrafo por la oficina depositaria. Una

vez que obró en autos el testamento ológrafo en comento, el C. Juez dictó un auto en el que se señalaba la fecha para que tuviera verificativo la audiencia a que se refiere el artículo 1561 del Código Civil, con la debida citación de la Representación Social. Tuvo verificativo la audiencia a que he hecho referencia, la cual se difirió porque la denunciante no presentó a los testigos que refiere el artículo arriba mencionado.

Posteriormente se celebró la audiencia que había quedado pendiente por diligenciar, de la cual se desprende que había fallecido uno de los testigos que firmaron en su momento el sobre del testamento ológrafo, por lo cual se difirió nuevamente dicha audiencia y en la que se solicitó una prórroga para presentar al Perito en Caligrafía y Grafoscopia respectivo, ya que el artículo 883 del Código de Procedimientos Civiles así lo determina para esos supuestos. Dicho Perito compareció al local del juzgado para aceptar el cargo, protestando su leal desempeño, solicitando se le discierna el mismo con la suma de derechos y obligaciones inherentes a los de su clase, para los efectos legales a que haya lugar. Fue celebrada la audiencia a que se refiere el artículo 1561 del Código Civil la cual textualmente será transcrita de nueva cuenta, ya que este modelo ha sido expuesto en el apartado 2.2 del presente trabajo, pero ahora lo trabajaremos para ver otros aspectos que de la misma emanar: “En la Ciudad de México, Distrito Federal, siendo las ... horas del día ..., día y hora para que tenga verificativo la audiencia a que se refiere el artículo 1561 del Código Civil y presentes en el local del Juzgado ... Familiar. Ante su titular LICENCIADO ..., quien actúa asistido de la Secretaria de Acuerdos LICENCIADA ..., comparecen la promovente ... quien se identifica con credencial para votar con número de folio

... expedida por el Instituto Federal Electoral, asistida de su abogado patrono LICENCIADO ... quien se identifica con Cédula Profesional número ... expedida por la Dirección General de Profesiones de la Secretaría de Educación Pública, así como también comparece la testigo ... quien se identifica con credencial para votar con número de folio ... expedida por el Instituto Federal Electoral, además comparece la Perito Oficial del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal en materia de Grafoscopia ... quien se identifica con credencial para votar con número de folio ... expedida por el Instituto Federal Electoral. Documentos que se tiene a la vista y se devuelven a los interesados. Se hace constar que se encuentra presente la C. Agente del Ministerio Público de la adscripción. EL C. JUEZ DECLARO ABIERTA LA AUDIENCIA: - - - A continuación y en uso de la palabra de la Perito ... dijo que en este acto rinde su dictamen en grafoscopia respecto de la firma de la testadora que obra en la parte central del sobre el cual exhibe en diez fojas útiles así como un anexo fotográfico con cinco ampliaciones y reconociendo como mía la firma que lo calza solicitando sea agregado a los autos para los efectos conducentes, así mismo manifiesta que la conclusión que llevó a su peritaje, que la firma que aparece de la testadora y que se localiza en la parte central de la cubierta del sobre sí corresponde a la testadora de nombre ... en virtud de haber llegado a un análisis de carácter comparativo tanto de la firma cuestionada como las de cotejo y las que obran en el seguro del juzgado, consistentes en credencial de elector con folio ..., así como la credencial expedida por el Instituto del Seguro Social a favor de la C. ..., y utilizando la metodología de comparación normal así como las consideraciones teóricas basadas en las diez leyes del grafismo

del autor SOLLAGE PELLAT y de las cuales se describen dentro del cuerpo del dictamen así como las características que corresponden a cada una de las firmas sujetas a estudio tanto de orden general como el grupo de gestos gráficos y observándose en el cuerpo del dictamen los cuadros comparativos de cada una de estas firmas por lo que se llegó a la conclusión antes descrita. EL C. JUEZ ACUERDA:- - Se tiene a la Perito ... presentando su dictamen en grafoscopia y reconociendo como suya la firma que lo calza, y por hechas todas y cada una de las manifestaciones relativas a las conclusiones presentadas en el dictamen de referencia, para todos los efectos legales a que haya lugar, lo anterior en virtud de darse los supuestos en el presente juicio del artículo 883 del Código de Procedimientos Civiles en virtud de que el testigo ... ya falleció por lo que no es posible que el mismo haya comparecido a ésta diligencia a reconocer su firma y la de la autora del testamento ológrafo. Dése vista a la C. Agente del Ministerio Público adscrita a éste juzgado.--- A continuación se procedió a examinar la cubierta que contiene el sobre exhibido y remitido por el Archivo General de Notarías, cerciorándose directamente el suscrito que el sobre cerrado que dice contener el pliego original de mi testamento ológrafo y lo entrego personalmente al Jefe del Archivo General de Notarías del Distrito Federal con fecha ..., otorgado por la testadora ..., en la parte inferior se encuentran anotados los nombres de los testigos ... y ... debidamente firmado y siendo legibles las firmas de los testigos antes mencionados con la salvedad de que el testigo ... como se dijo antes ya falleció, corriendo agregada en autos la copia debidamente certificada de su acta de defunción. Al centro del margen izquierdo debidamente sellado por el

Departamento del Distrito Federal, Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos Archivo General de Notarías, dicho sobre aparece protegido con una cinta diurex, así mismo debidamente lacrado sin huella de haber sido violado y así mismo al margen superior izquierdo aparece acta número A continuación y teniendo a la vista el sobre descrito la testigo ..., manifiesta que reconoce como de su puño y letra la firma que aparece en dicho sobre, así mismo reconoce que la firma que aparece de la testadora al centro de la cubierta del sobre antes descrito es como de la testadora A continuación y ante la presencia de la C. Representante Social y de la promovente de estas Diligencias de Jurisdicción Voluntaria,⁶⁴ así como en presencia de la testigo antes mencionada se procedió a la apertura del sobre que dice contener el testamento otorgado y presentado por dicha testadora con fecha ... por la C. A continuación se procedió a dar lectura a la disposición testamentaria otorgada por la de cujus. A continuación la compareciente y previa lectura que al efecto les hizo el suscrito del testamento otorgado por la de cujus contenido en una foja útil y escrito a mano y con tinta negra por la de cujus ... haciéndose constar por la Secretaría que el testamento que se les ha leído se encuentra firmado por la de cujus. Apareciendo la siguiente leyenda "En la Ciudad de México, Distrito Federal a ... y una huella digital". - - A continuación se procedió a la apertura del sobre presentado por la promovente, abierto y que obra

⁶⁴ Sin ánimos de juzgar a los impartidores de justicia, cabe hacer notar el error en que se incurrió en el desahogo de esta audiencia, toda vez que el juicio que la originó es Testamentario y no Jurisdicción Voluntaria; tal vez fue cometido este error y sin que la Representante Social expresara alguna observación al respecto, por falta de atención y por utilizar formatos de la computadora que no se leen con detalle y solo se adecuan circunstancialmente. Párrafos posteriores veremos como se siguieron cometiendo errores.

también en el seguro del juzgado y exhibido por la promovente ... a fin de comprobarse que el anteriormente abierto es el que depositó la testadora en el Archivo General de Notarías como original. El sobre que se tiene a la vista la SECRETARIA DE ACUERDOS DA FE que se encuentra abierto por uno de sus extremos específicamente el de lado derecho y lacrado en el anverso con la siguiente leyenda "Acta número ... dentro de este sobre cerrado se encuentra copia de mi testamento ológrafo habiendo entregado el original al Licenciado ... encargado del Archivo General de Notarías del Distrito Federal, (fecha), testadora ..., testigo ..., testigo ..., tres firmas legibles. Al margen inferior izquierdo un sello del Departamento del Distrito Federal Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos Archivo General de Notarías." A continuación se procedió a la apertura de dicho sobre por el suscrito y que hace del conocimiento de los comparecientes dando lectura al mismo haciéndose constar por la C. Secretaria de Acuerdos que cotejado que fue con el sobre primeramente abierto coincide en lo esencial en todas y cada una de sus partes. Enseguida y en uso de la palabra de la promovente y por voz de su abogado patrono dijo que:- - - Que solicita se declare formal el testamento ológrafo motivo de éstas Diligencias. EL C. JUEZ ACUERDA:- - - Se tiene por celebrada la presente audiencia y por hechas las manifestaciones de la promovente para los efectos legales a que haya lugar y con el resultado de la misma dése vista a la C. Agente del Ministerio Público adscrita a éste juzgado para que manifieste lo que a su Representación corresponda y estando presente dicha Representante Social en uso de la palabra dijo que:- - - Que se da por enterada de las manifestaciones vertidas por la promovente así como por la testigo que sobrevive de nombre ...

así como del resultado del peritaje practicado a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 883 del Código Procesal de la Materia y de la apertura y lectura que se procedió a dar del testamento ológrafo otorgado por su autora, en consecuencia, esta Representación Social muestra conformidad en que se proceda a declarar formal el testamento ológrafo otorgado por la de cujus de nombre... de fecha ... de conformidad en lo dispuesto por el artículo 1561 del Código Civil.

EL C. JUEZ ACUERDA:- - - Se tiene a la C. Agente del Ministerio Público adscrita a éste Juzgado desahogando la vista que se le mandó dar para todos los efectos legales a que haya lugar y vista su no oposición, con fundamento en el artículo 883 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, así como también de que la Perito designada por la promovente ha emitido su dictamen con relación a que la firma que aparece en la cubierta del sobre al centro del mismo en donde se dice contiene el testamento ológrafo dictado por la de cujus y que dicha perito dictaminó en razón de que uno de los testigos cuyo nombre es ... ya falleció, como está acreditado en autos y que además la testigo que sobrevive de nombre ... ha reconocido e identificado tanto su firma como la de la autora del testamento, en términos del numeral antes citado en relación con los artículos 1551 y 1561 del Código Civil SE DECLARA FORMAL EL TESTAMENTO OLOGRAFO otorgado por la de cujus ... el día ... para todos los efectos legales a que haya lugar. A S I, interlocutoriamente juzgando lo resolvió el C. Juez ... Familiar LICENCIADO ... quien actúa asistido de la Secretaria de Acuerdos ... LICENCIADA ..., quien actúa y da fe.- - - Con lo que concluye la presente audiencia siendo las ... del día de la fecha firmando al margen y al calce los que en ella intervinieron en

unión del C. Juez y Secretaria de Acuerdos con quien actúa.-
Doy Fe.”

Una vez celebrada la audiencia a la que además de haber hecho alusión, hemos transcrito para mejor ilustrar el presente trabajo, la lógica del abogado que asistía a la promovente dio lugar a la siguiente petición: “... Que por resolución interlocutoria de fecha ..., se declaró formal el testamento ológrafo otorgado por la de cujus ..., de fecha ... En tal virtud vengo a solicitar se señale fecha para la audiencia a que se refiere el artículo 790 y relativos del Código de Procedimientos Civiles, en su oportunidad, se declare la validez del mismo y conforme a lo dispuesto en el artículo 1686 del Código Civil, se me designe heredera única y universal, así como albacea, cargo que desde luego acepto y que deberá discernírseme cumplidas las formalidades del procedimiento.” A esta promoción le recayó el auto siguiente por parte del juzgado: “México, Distrito Federal a ... - - A sus autos el escrito de cuenta, se tiene a ... haciendo las manifestaciones que indica y dígase a la misma que no ha lugar a lo solicitado, toda vez que las presentes actuaciones corresponden a diligencias de JURISDICCION VOLUNTARIA con efectos únicamente de declarar la FORMALIDAD DEL TESTAMENTO OLOGRAFO otorgado por ... de fecha ... exclusivamente, no así para tramitar el juicio sucesorio inherente como pretende la promovente. Por lo anterior se le reservan sus derechos para que los haga valer en la vía y forma que a su interés convenga. Corrijase la carátula del expediente y háganse las anotaciones correspondientes en el Libro de Gobierno.- Notifíquese.- Lo proveyó y firma el C. Juez. Ante la Secretaria de Acuerdos con quien actúa.- Doy Fe.”

Con los términos del presente acuerdo, la promovente tuvo por interés solicitar copia certificada de todo lo actuado, acordando de conformidad lo peticionado el juzgado.

Posteriormente la interesada en el presente asunto, pretendió denunciar la sucesión testamentaria correspondiente, teniendo como base, ahora sí, la declaración de ser formal el testamento ológrafo, juicio que no le reconocían ni accedían a su registro en la Oficialía de Partes Común Civil-Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, ya que en esta oficina se tenía registrado ya un juicio sucesorio testamentario con el nombre de la de cujus en trámite, por lo que la promovente a través de su abogado optó por seguir el juicio que con antelación acabo de exponer como juicio testamentario, a lo que el Juez no acordaba de conformidad lo solicitado y la Secretaria de Acuerdos daba fe, argumentando que la vía procesal que se había llevado a cabo era la correspondiente a una Diligencia de Jurisdicción Voluntaria para Declarar Formal el Testamento Ológrafo de la de cujus solamente, y que si pretendía denunciar el juicio testamentario, tendría que hacerlo en la Oficialía de Partes Común Civil-Familiar para que se le designara su turno correspondiente y por consecuencia otro número de expediente. Después de mucho batallar y de haber pretendido la denunciante formular una Queja Administrativa en contra de la Secretaria de Acuerdos respectiva por su reiterada actitud negativa en conceder lo solicitado, el criterio por el que optó el Juzgado fue admitir la denuncia testamentaria sin que pasara el escrito por la Oficialía de Partes que arriba he mencionado, con el fin de que a través de la práctica jurídica procesal y toda vez que no se transgredían los derechos que se pretendían hacer valer, reiterando la dinámica procesal que debe utilizar el

juzgador para resolver cualquier cuestión que ante el se presente, siguió su curso dicho juicio, que para mejor ilustrar lo anteriormente descrito, expondremos a continuación algunas otras actuaciones del mismo

La denunciante con fundamento en los artículos 769, 774, 785, 786, 790, 791 y relativos del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal expone textualmente: "... vengo a denunciar nuevamente la Sucesión Testamentaria a Bienes de mi finada hermana de nombre [redacted] quien falleció el día, según se desprende de toda la documentación que en copia certificada se exhibe en ... fojas útiles..."

Por lo expuesto anteriormente y por lo transcrito en la promoción presentada por la denunciante, podemos observar que no se había dictado durante el procedimiento de Jurisdicción Voluntaria para Declarar Formal el Testamento Ológrafo de la de cujus, un auto por el que se tuviera el trámite bajo ese rubro y vía, es decir, fue omiso el Juzgado al no aclararle a la Oficialía de Partes Común se tuviera ese expediente y procedimiento como Jurisdicción Voluntaria y no como Sucesión Testamentaria, tal y como lo tenían registrado con el nombre de la de cujus. Para ilustrar lo anteriormente expuesto, transcribiremos el acuerdo que admitió el escrito en referencia: "México, Distrito Federal a ... - - - Con el escrito de cuenta y copias certificadas que se anexan, fórmese el cuaderno correspondiente al JUICIO TESTAMENTARIO A BIENES DE ..., lo anterior en virtud de que por diverso proveído de ... se indicó a la promovente que se trataba de unas DILIGENCIAS DE JURISDICCION VOLUNTARIA a bienes de⁶⁵ ... para declarar

⁶⁵ La Jurisdicción Voluntaria no es a bienes de, esta tiene por objeto en su tramitación declarar formal el testamento ológrafo de la persona que lo otorgó en su momento, el cual considera los bienes que se transmitirán en su

formal el testamento ológrafo otorgado por ..., y no así para tramitar el juicio Sucesorio Testamentario, y toda vez que la Oficialía de Partes Común Civil-Familiar, sin atender a ello,⁶⁶ remite a este Juzgado y bajo el mismo número de expediente de la Jurisdicción Voluntaria antes mencionada, la denuncia de la Sucesión Testamentaria a Bienes de ..., en consecuencia se tiene a ... por su propio derecho señalando domicilio para oír y recibir notificaciones y por autorizados a los profesionistas que indica para oír y recibir notificaciones e imponerse de los autos exclusivamente con fundamento en el penúltimo párrafo del artículo 112 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Misma que se admite a trámite con fundamento en los artículos 1599 fracción I y demás relativos del Código Civil vigente en el Distrito Federal, en relación con los numerales 790, 791 y demás concordantes del Código de Procedimientos Civiles aplicable. Dése la intervención que corresponde a la C. AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO ADSCRITA A ESTE JUZGADO, así como el aviso respectivo a la Secretaría de Salud en su carácter de Administradora del Patrimonio de la Beneficencia Pública.- Notifíquese.-..."

oportunidad; quizás haya error de redacción por parte del Juzgado, suponemos que se debe a la incesante carga de trabajo, al interés de darle celeridad a los asuntos en general, y debido también que quien redacta los acuerdos son humanos perfectibles; la experiencia de trabajar en un juzgado familiar nos ha enseñado que los juicios Sucesorios Testamentarios e Intestamentarios son a bienes de tal o cual persona, por ejemplo, se escribe en un acuerdo judicial para declarar radicado esta clase de juicios: "Se tiene a Petrita Pérez denunciando el Juicio Sucesorio Testamentario a bienes de Fulano de Tal", es decir, se tiene radicada la denuncia del Juicio Sucesorio Testamentario o Intestamentario, según sea el caso, de la persona cuyo patrimonio o bienes se trata de transferir o transmitir, ya sea por herencia o por legado; comentario que hago sin el ánimo de transgredir a nadie en particular, solo lo manifiesto para aclarar este punto.

⁶⁶ En realidad, nunca fue remitido oficio en el que se solicitara a la Oficialía de Partes Común Civil-Familiar fuese corregido el juicio en el que se actuaba, ya que en el proveído al que hace alusión el Juzgado, sólo se ordenó cambiar la

La C. Agente del Ministerio Público desahogando la vista que se le mandó dar expone ahora sí demostrando más atención, lo siguiente: "Que se da por enterada de que su señoría ha procedido de nueva cuenta a radicar la sucesión testamentaria a bienes de ..., en consecuencia, esta Representación Social hace notar con todo respeto a su Señoría que dicha sucesión fue ya radicada mediante auto diverso de fecha ..., por lo que es innecesario que exista otro auto de radicación sobre la misma sucesión por lo que en consecuencia se deberá regularizar el presente juicio y continuarse en la sucesión testamentaria a bienes de la de cujus ya radicada, en virtud de que si bien es cierto por auto de fecha ... se asentó que no se señalaba día y hora para la junta de herederos, toda vez que las presentes actuaciones corresponden a Diligencias de Jurisdicción Voluntaria, también lo es que todo lo actuado en el cuaderno principal no se desprende que el juicio que nos ocupa se haya radicado como Diligencias de Jurisdicción Voluntaria para Declarar Formal Testamento Ológrafo otorgado por ..., ni se hubiere regularizado aunado a que la denunciante de constancias se acredita que siempre promovió como la sucesión testamentaria a bienes de la persona antes citada sin que se le hubiere prevenido, lo que ha de haber traído como consecuencia que inclusive se encuentra registrado ante la Oficialía de Partes Común bajo ese rubro y publicado en el Boletín Judicial bajo el Juicio de Testamentaría."

"Por otra parte, ésta Representación Social hace notar respetuosamente a su Señoría que de considerarse que el presente juicio era una Jurisdicción Voluntaria, no era procedente haber radicado nuevamente el juicio como sucesión

carátula y corregir el Libro de Gobierno del Juzgado, pero se omitió girar

testamentaria, ya que entonces la denunciante tendría que haber promovido la testamentaria como juicio nuevo y por separado.”

“En consecuencia a fin de continuar con la tramitación de la sucesión testamentaria ya radicada a bienes de la autora de la presente sucesión por auto de fecha ..., solicito atentamente se señale día y hora para que tenga verificativo la junta de herederos a que se refiere el artículo 790 del Código de Procedimientos Civiles y ordenar se corrija la carátula del cuaderno principal como anteriormente se encontraba, lo anterior a fin de evitar posibles nulidades en el procedimiento.”

Por el anterior escrito, el Juez tuvo a bien dictar el siguiente acuerdo: “México, Distrito Federal a ...- - - A sus autos el escrito de cuenta, en términos del cual se tiene a la C. Agente del Ministerio Público adscrita a este Juzgado, desahogando la vista que se le mandó dar en proveído de fecha ..., para todos los efectos legales a que haya lugar. Y dígame que respecto a lo solicitado en el primer párrafo de su escrito, no ha lugar a acordar de conformidad tal petición, debiendo estarse a las constancias de autos. Y como lo solicita en último párrafo de su escrito, se señalan las ... HORAS DEL DÍA ...DEL AÑO ..., para que tenga verificativo la audiencia a que se refiere el artículo 790 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, con citación de los interesados y de la C. Agente del Ministerio Público adscrita a este Juzgado.- Notifíquese.- ...”

La C. Agente del Ministerio Público por escrito se da por enterada de que se ha señalado día y hora para que tenga verificativo la junta de herederos a que se refiere el artículo 790 del Código de Procedimientos Civiles. En esta promoción la Representación Social insiste en solicitar a su Señoría tenga a

oficio a la Oficialía de referencia.

bien proceder a regularizar el juicio para evitar en lo futuro posibles nulidades, a lo que el C. Juez conforme a lo solicitado dictó el siguiente acuerdo: "México, Distrito Federal a ...- - - A sus autos el escrito de cuenta, en términos del cual se tiene a la C. Agente del Ministerio Público adscrita a este Juzgado, desahogando la vista que se le mandó dar para todos los efectos legales a que haya lugar, y dígase a dicha Representante Social que en cuanto a lo solicitado deberá estarse a las constancias de autos, aunado también que si bien es cierto que se radicó una jurisdicción voluntaria en forma equivocada como juicio testamentario, lo menos cierto es que ello no altera la sustancia del juicio en que se actúa, porque siendo un sucesorio un juicio universal, la sociedad esta interesada en su resolución total, y nuevamente dése vista a la C. Agente del Ministerio Público para que manifieste lo que a su Representación Social corresponda. Notifíquese.- ..."

Posterior a este auto, la C. Agente del Ministerio Público solicita nuevamente se regularice el procedimiento, a lo que el C. Juez dictó en su acuerdo en su parte conducente que esa Representación Social se estuviera a las constancias de autos, es decir, no acordó de conformidad lo solicitado por ella, después se llevó a cabo la audiencia a que se refiere el artículo 790 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, la cual no transcribiremos porque ésta audiencia ya tuvimos la oportunidad de transcribirla en el apartado 2.3 del presente trabajo, en el cual abordamos el tema de la Declaración de Ser Válido el Testamento Ológrafo

Otro ejemplo que es menester exponer para ilustrarnos, dadas sus características, es el siguiente:

En este asunto se denuncia el Juicio Sucesorio Testamentario teniendo como base un testamento ológrafo, exhibiéndose ante el Juzgado de lo Familiar un sobre cerrado, lacrado, firmado, anotado y sellado que dice contener el Duplicado del Testamento Ológrafo otorgado por el de cujus, cuyo original se encuentra depositado en el Archivo General de Notarías, en este escrito, dentro de los puntos petitorios al C. Juez, la promovente solicita lo siguiente: "... PRIMERO - Tenerme por presentada con la personalidad acreditada, denunciando la testamentaria de mi cónyuge de nombre ...; SEGUNDO - Tener por radicado el juicio de testamentaria y girar atento oficio al Jefe del Archivo General de Notarías de esta Capital, solicitándole que le envíe el original del testamento ológrafo que el testador le entregó en sobre cerrado y lacrado el día ..., al parecer en Acta número ...; TERCERO.- Recibido el testamento, en su caso, señalar fecha para que, en presencia del Ministerio Público, de los interesados y de los testigos de identificación, se abra el sobre que contiene el testamento y se declare su validez y formalidad; mandando citar a los testigos de identificación para que reconozcan sus firmas y la del testador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1561 del Código Civil; CUARTO.- Señalar fecha para la diligencia a que se refiere el artículo 790 del Código Adjetivo para dar a conocer a los interesados la designación del albacea testamentario, si lo hubiere, y en caso contrario, para que lo designen."

A lo que el C. Juez tuvo a bien dictar el siguiente acuerdo: "México, Distrito Federal a ...- - - Con el escrito de cuenta y anexos que al mismo se acompañan, fórmese expediente y regístrese en el Libro de Gobierno con el número ... Se previene a la promovente para que aclare la vía en que promueve el

presente trámite y así mismo precise el objeto del mismo, hecho que sea lo anterior se acordará lo conducente respecto de la admisión del presente trámite. Guárdese en seguro del juzgado el sobre cerrado que dice contener el TESTAMENTO OLOGRAFO, otorgado por Notifíquese.- ...”

La parte que promueve con el propósito de cumplimentar la prevención que debía desahogar, señala textualmente en su escrito respectivo: “... 1.- Toda vez que se está promoviendo un juicio de testamentaria, para lo cual se presentó el duplicado del testamento ológrafo del autor de la sucesión, es claro que la vía en que dicho juicio (o “trámite”, como dice el auto) se promueve, es la vía ESPECIAL, prevista en el Título Decimocuarto (Juicios Sucesorios), y especialmente sus Capítulos I, II y X, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. 2.- El objeto del juicio es que el patrimonio del autor de la herencia se transmita a sus herederos instituidos en su testamento ológrafo, o los legítimos, en caso de que no sea declarado formal el aludido testamento.” Por lo expuesto, la promovente solicita al C. Juez se sirva tener por cumplimentada la prevención que se le mandó hacer, en términos de las manifestaciones contenidas en ese escrito, pidiendo además que se admitiera a trámite la sucesión testamentaria a bienes del señor ..., dando cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 779, 784, 790, 881, 882 y demás relativos y aplicables del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Dada la solicitud nuevamente, el C. Juez tuvo a bien dictar el siguiente acuerdo: “México, Distrito Federal a ...- - A sus autos el escrito de cuenta de la promovente, a quien se le tiene desahogando en tiempo la prevención que se le hizo por auto de fecha ..., en consecuencia se pasa a acordar su escrito de fecha

... de la siguiente manera: Se tiene por presentada a ..., señalando domicilio para oír y recibir toda clase de notificaciones y por autorizado al profesionista que menciona para los mismos efectos en términos del cuarto párrafo del artículo 112 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, a quien se le previene para que en la primera diligencia en que intervenga exhiba su Cédula Profesional y fotocopia de la misma que lo acredite como Licenciado en Derecho, la cual deberá de registrar en el libro que para tal efecto se lleva en este juzgado, apercibido que de no hacerlo se perderá dicha autorización y sólo se tendrá la que señala el penúltimo párrafo del artículo en mención y personas que señala para los efectos exclusivamente en términos del penúltimo párrafo del numeral 112 de la Ley Procesal Civil citada, promoviendo diligencias de JURISDICCION VOLUNTARIA, para declarar formal el TESTAMENTO OLÓGRAFO otorgado por el señor ..., diligencias que se admiten a trámite con apoyo en lo dispuesto por los artículos 881, 882, 883 del Código Procesal Civil, en relación con los artículos 1551, 1559, 1560, 1561 del Código Civil Vigente en el Distrito Federal. Por otra parte gírese atento oficio al C. DIRECTOR DEL ARCHIVO GENERAL DE NOTARIAS para que se sirva ordenar a quien corresponda remita a este juzgado el duplicado del Testamento Ológrafo otorgado por el señor ..., y asimismo para que se sirva informar si existe Testamento Público Abierto o alguna otra disposición testamentaria otorgada por el de cujus. Dése la intervención correspondiente a la C. AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO ADSCRITA A ESTE JUZGADO, para que manifieste lo que a su Representación Social compete. Asimismo, corríjase la carátula en relación al

juicio que se promueve. Notifíquese.- Lo proveyó y firma el C. Juez y C. Secretaria de Acuerdos que da fe.”

Como consecuencia a lo ordenado por este acuerdo, se remitió el oficio a que hace referencia para los efectos que se han indicado, una vez que del Archivo General de Notarías se envió el original del testamento ológrafo al juzgado, la C. Agente del Ministerio Público tomando en consideración el estado procesal de los autos, solicitó a su Señoría se sirviera señalar día y hora para celebrar la audiencia prevista por el artículo 1561 del Código Civil, a este escrito le recayó el auto en el cual se señalaba la fecha para que tuviera verificativo la audiencia a que se refiere el artículo en mención, citando a los interesados y a la C. Agente del Ministerio Público. La audiencia fue celebrada en los términos respectivos.

Una vez celebrada esta audiencia, la interesada presentó un escrito bajo el mismo rubro y número de expediente en el que señalaba:

“Que por medio del presente escrito vengo a promover el juicio sucesorio testamentario a bienes de mi difunto esposo ..., conforme a los siguientes hechos y preceptos de derecho. HECHOS: 1.- Mediante escrito presentado en la Oficialía de Partes Común Civil-Familiar de ese H. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, el día ..., la suscrita denunció el fallecimiento del señor Licenciado ..., quien falleció en esta Ciudad el día ..., habiendo dejado testamento ológrafo, cuyo duplicado fue exhibido con dicho escrito. 2.- Con el citado escrito, se exhibió el acta de defunción del autor de la sucesión, así como las actas de matrimonio civil que contrajo con la suscrita y las actas de nacimiento de nuestros dos hijos, de nombres ..., ambos de apellidos ..., quienes actualmente tienen

... años de edad, respectivamente. 3.- Por auto de fecha ..., su Señoría tuvo a bien tener a la suscrita promoviendo diligencias de Jurisdicción Voluntaria para declarar formal el testamento ológrafo otorgado por el señor ..., y ordenó girar oficio al Director del Archivo General de Notarías de esta Ciudad, a fin de que remitiera el original del mencionado testamento, e informara si existe testamento público abierto o alguna otra disposición testamentaria otorgada por el de cujus. 4.- Por auto de ..., su señoría tuvo por rendido el informe del Director del Archivo General de Notarías de esta Ciudad. en el sentido de que el de cujus no otorgó testamento público abierto. 5.- Habiendo recibido del Jefe del Archivo General de Notarías el original del testamento ológrafo otorgado por el de cujus, con fecha ..., se celebró la audiencia a que se refiere el artículo 1561 del Código Civil para el Distrito Federal, en la que los testigos del de cujus, señores ... y ..., en presencia del C. Agente del Ministerio Público, ante su señoría reconocieron como suyas las firmas que estamparon en los sobres que contiene el original y el duplicado del testamento ológrafo, respectivamente, así como la firma del de cujus; y en virtud de que el mencionado testamento no contiene tachaduras, enmendaduras o borraduras, se consideró que reúne los requisitos legales y su Señoría hizo la declaración judicial de ser formal el mencionado testamento ológrafo otorgado por 6.- Ahora bien, en vista de que en el mencionado testamento fui designada albacea y tanto la suscrita como los hijos del testador, de nombres ...y ..., ambos de apellidos ..., fuimos designados herederos universales y en partes iguales, es procedente que conforme lo disponen los artículos 790, 791 y 795 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se designe día y hora para que tenga

verificativo la junta de herederos, a fin de que se les haga saber mi designación como albacea y sus derechos hereditarios en las porciones que les correspondan; mandando citar al C. Agente del Ministerio Público, para que represente a los que no pudieren asistir a la mencionada junta, en la inteligencia de que todos los herederos designados por el de cujus vivimos en el mismo domicilio; por lo que me comprometo a presentarlos junto conmigo a dicha junta, en la cual también habré de aceptar el cargo de albacea y protestar su leal desempeño, a fin de que se me discierna legalmente dicho cargo "

La autoridad judicial en su acuerdo expresó lo siguiente: "México, Distrito Federal a - - - A sus autos el escrito de ..., por hechas las manifestaciones a que se contrae, y dígase a la misma que en atención a la naturaleza de las presentes diligencias, no ha lugar a admitir la denuncia planteada, en virtud de que la misma deberá promoverse en juicio autónomo, para los efectos de los artículos 65 y 65 Bis⁶⁷ del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Notifíquese.-..."

Otro asunto que completa la exposición de ejemplos que hemos venido desarrollando con el objeto de ilustrar y enriquecer este trabajo, justificando y para concluir el mismo como se dice en la práctica jurídica, en el momento procesal oportuno, en el que estamos propugnando se promueva esta clase de trámites utilizando un solo criterio legal y que no deje lugar a dudas con respecto a la declaración de ser formal el testamento ológrafo

⁶⁷ El artículo 65 y 65 Bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establecen respectivamente, las atribuciones que les competen a la Oficialía de Partes Común del Tribunal y a la Oficialía de Partes de cada Juzgado, así como las medidas a seguir para los casos en que los interesados y sus abogados traten de burlar el turno que le corresponde a los escritos por los cuales se inicia un procedimiento.

realizada a través de la vía de jurisdicción voluntaria; el ejemplo es el siguiente:

En esta promoción, el interesado solicita al C. Juez que previos los trámites de ley se haga "FORMAL DECLARACIÓN DE TESTAMENTO OLOGRAFO", otorgado por el de cujus quien fuera padre del interesado, cuyo duplicado del testamento exhibe con ese escrito, esta solicitud la promueve en vía de Jurisdicción Voluntaria, la cual tiene respuesta por parte del Juzgado de la manera siguiente: "México, Distrito Federal a ... - - A sus autos el escrito de cuenta de la promovente, se le tiene señalando domicilio para oír y recibir toda clase de notificaciones y por autorizado al profesionista que menciona para los efectos que indica en términos del cuarto párrafo del artículo 112 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, a quien se le previene para que en la primera diligencia en que intervenga exhiba Cédula Profesional que lo acredite como Licenciado en Derecho, la cual deberá de registrar en el Libro que para el efecto se lleva en este Juzgado, apercibido que de no hacerlo así, se perderá dicha autorización y sólo se tendrá la que señala el penúltimo párrafo del artículo 112 del Código Procesal en comento, así como a los demás profesionistas que menciona para oír y recibir notificaciones e imponerse de los autos únicamente en términos del penúltimo párrafo del artículo 112 del Código Procesal Civil. Promoviendo JURISDICCION VOLUNTARIA para declarar formal el TESTAMENTO OLÓGRAFO otorgado por el señor ..., diligencias que se admiten a trámite con apoyo en lo dispuesto por los artículos 881, 882, 883 del Código de Procedimientos Civiles, en relación con los artículos 1551, 1559, 1560, 1561 del Código Civil. Gírese oficio al C. DIRECTOR DEL ARCHIVO GENERAL DE NOTARIAS

para que se sirva ordenar a quien corresponda remita a este Juzgado el duplicado del Testamento Ológrafo otorgado por el señor ..., y asimismo para que se sirva informar si existe Testamento Público Abierto otorgado por el De cujus ... Dése la intervención correspondiente a la C Agente del Ministerio Público adscrita a este Juzgado, para que manifieste lo que a su representación social compete. Notifíquese.-..."

La Agente del Ministerio Público desahogando la vista que se le mandó dar, manifiesta que se da por enterada del inicio de las diligencias para declarar formal testamento ológrafo y de que se ordenaron girar los oficios de ley. Fueron girados los oficios al Archivo General de Notarías, y como consecuencia el Jefe de ésta oficina contestó en uno de los dos oficios como respuesta a lo solicitado, lo siguiente: "...Esta Unidad Departamental para estar en aptitud de rendir el informe de testamento público abierto, es necesario cubrir los derechos que marca el Código Financiero Vigente para el Distrito Federal, derechos que corresponden a la cantidad de \$646.00 (SEISCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS 00/100 M.N.)." Es decir, la parte interesada no había cubierto los derechos para que el Archivo General de Notarías estuviera en aptitud de enviar el informe al juzgado con respecto del depósito de algún testamento público abierto, pago que debe cubrirse por los interesados para que se informe si se encuentran o no depositados los testamentos que el juzgado determina para los casos en que se denuncia un juicio sucesorio testamentario, un juicio sucesorio intestamentario y en este supuesto específico en que se tramitan diligencias de jurisdicción voluntaria, estos son el testamento ológrafo, el testamento público abierto y si es necesario, el testamento público simplificado; para que se informe su depósito

de cada uno de estos testamentos en el Archivo General de Notarías debe pagarse la cantidad que arriba se ha señalado, haciendo la aclaración que dicha cantidad sufrirá cada año algunas variaciones conforme lo disponga el Código Financiero Vigente para el Distrito Federal. Después de una serie de escritos y acuerdos que condujeron a la audiencia que refiere el artículo 1561 del Código Civil, debido a que ya hemos expuesto algunos modelos de audiencia, textualmente ésta señala en la parte conducente: "... EL C JUEZ DECLARA ABIERTA LA AUDIENCIA: A continuación se procedió a examinar la cubierta que contiene el sobre exhibido y remitido por el Archivo General de Notarías mismo que a la letra dice acta número ... "dentro de este sobre se encuentra el pliego original de mi testamento ológrafo y lo entrego personalmente al Jefe del Archivo General de Notarías del Distrito Federal. (fecha)", en la parte inferior se encuentran anotados los nombres de los testigos ... y ..., debidamente firmado por los testigos mencionados, al centro del margen izquierdo debidamente sellado por el entonces Departamento del Distrito Federal, Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos, Archivo General de Notarías, el sobre está cubierto con una cinta diurex, debidamente lacrado, sin huella alguna de haber sido violado. A continuación los testigos ..., bajo protesta de decir verdad y teniendo a la vista el sobre que contiene el testamento ológrafo antes descrito, manifiestan que reconocen como de su puño y letra las firmas de cada uno de ellos que aparecen como testigos e igualmente reconocen la firma del de cujus ..., para todos los efectos legales a que haya lugar. Enseguida y en presencia del Ministerio Público adscrita a este juzgado, se procedió a la apertura del sobre antes mencionado y otorgado por el de cujus. A continuación se dio

lectura al testamento ológrafo otorgado por el de cujus en dos fojas útiles, escrito con tinta negra y letra de imprenta el día ..., y al final aparece estampada la huella del de cujus, y una firma ilegible.- - - A continuación se procedió a abrir el sobre que dice contener copia del testamento ológrafo otorgado por ..., a fin de comprobarse que el anteriormente abierto es el depositado por el testador, y textualmente dice: "Acta número ... dentro de este sobre cerrado se encuentra copia de mi testamento ológrafo. Habiendo entregado el original al Licenciado ..., Jefe del Archivo General de Notarías del Distrito Federal, (fecha)." En la parte inferior de dicho sobre aparece un sello estampado por el entonces Departamento del Distrito Federal, Dirección General de Estudios Legislativos. Archivo General de Notarías. Y en donde aparecen como testigos ... y ..., firmas una ilegible y la otra legible. A continuación se procedió a abrir el sobre cerrado antes descrito, en presencia de la Representante Social.- A continuación y en uso de la palabra del compareciente, por voz de su abogado patrono, dijo que: solicita en este acto de su señoría con fundamento en el artículo 1561 del Código Civil en relación con los artículos 881 al 883 del Código de Procedimientos Civiles, se haga la declaración de ser Formal el testamento ológrafo el contenido en los sobres cuya apertura se ha hecho en esta audiencia, para todos los efectos legales a que haya lugar.- Enseguida y en uso de la palabra de la C. Representante Social, dijo: que se da por enterada de las manifestaciones vertidas por los testigos, así como por la promovente, en consecuencia, y tomando en consideración las mismas, así como el estado que guardan los presentes autos, esta Representación Social muestra conformidad en que se declare formal el testamento ológrafo otorgado por el de cujus el

día ..., en virtud de haberse cubierto los requisitos a que se refiere el artículo 1551, 1553, 1554 y 1555 del Código Civil.- EL C. JUEZ ACUERDA: Por celebrada la presente audiencia, por hechas las manifestaciones del compareciente, por voz de su abogado patrono, para todos los efectos legales a que haya lugar. Por hechas las manifestaciones de la C. Representante Social, y vista su no oposición, SE CITA A LOS INTERESADOS PARA OIR RESOLUCION QUE EN DERECHO CORRESPONDA. ...”

Pensamos que por ser ilustrativo para nuestro trabajo el transcribir los puntos resolutivos de la sentencia a que se ha hecho referencia líneas arriba, establecemos lo siguiente: “México, Distrito Federal a ... V I S T O S , para pronunciar Sentencia Definitiva, los autos del expediente X relativo a las Diligencias de Jurisdicción Voluntaria sobre DECLARACIÓN DE FORMAL TESTAMENTO OLOGRAFO, otorgado por ..., y -----
...R E S U E L V E : PRIMERO.- Se han tramitado legalmente las Diligencias relativas a la DECLARACION DE FORMAL TESTAMENTO OLOGRAFO otorgado por ... SEGUNDO.- Se declara formal el testamento ológrafo otorgado con fecha ..., teriéndose como herederos universales y como albacea a las personas mencionadas en el propio testamento. TERCERO.- Notifíquese.- ASI, definitivamente juzgando lo resolvió y firma el Juez ... de lo Familiar del Distrito Federal, asistido de la Secretaria de Acuerdos del propio juzgado, quien autoriza y da fe.”

Nos es de llamar la atención lo escrito en esta sentencia en el segundo punto resolutivo, ya que la ortodoxia práctica del procedimiento de jurisdicción voluntaria para declarar formal el

testamento ológrafo establece que sólo será promovido este trámite para estos efectos, más no para "tener como herederos universales y como albacea a las personas mencionadas en el propio testamento", toda vez que la declaración de ser válido este tipo de testamento teniendo como consecuencia la debida declaración de herederos y nombramiento de albacea se realiza a través de lo ordenado por el artículo 790 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, artículos pertenecientes al procedimiento de testamentaria. La investigación de este asunto nos llevó hasta la entrevista que tuvimos oportunidad de realizarle al abogado patrono de la promovente, quien al preguntarle cómo era posible que se hubiera resuelto en la manera que se estableció en el segundo punto resolutivo de esta sentencia, tuvo a bien comentarnos: "soy compañero de generación del señor Juez, por lo que le pedí de favor que apresurara este trámite lo más que se pudiera, y toda vez que no quebrantamos los derechos de un tercero, se logró hacer lo que tu ya conoces."

Notaremos que las influencias y las amistades pueden más en algunos casos que lo establecido por la ley, y si bien es cierto que no se quebrantan derechos de terceros por tratarse de un caso especial, muy cierto es también que existen lineamientos expresos por seguir en una tramitación como ésta, por lo que nos atrevemos a comentar que no se vale mezclar ni mucho menos revolver la vía por la cual deba declararse formal un testamento ológrafo, con la vía testamentaria por la que deba declararse válido éste, la cual tiene lugar, como ya lo hemos dejado asentado, con la junta de herederos que establece textualmente el artículo 790 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Como conclusión del presente apartado, lo que podemos señalar es que la importancia de la exposición de varios modelos de asuntos ventilados en juzgados familiares radica en que a través de ellos con sus errores, nos hemos dado cuenta de cuántas omisiones y faltas debemos eliminar, ya que con la práctica procesal se han venido quebrantando intereses personales directamente al dilatar su respectiva tramitación. Con la propuesta que defendemos pensamos que se podrá velar mucho mejor por que la ultima voluntad del de cujus se perfeccione y trascienda a través de la declaración de ser formal el testamento ológrafo, haciendo las cosas bien y a la primera procesalmente hablando, es decir, de existir un lineamiento que determine la vía y forma por la que deba ser declarado formal el testamento ológrafo, no se cometerían errores de forma o de fondo en el procedimiento, no se daría lugar a confusiones por una mala aplicación en la interpretación de la ley, y se avocaría el Juzgado a dar trámite con mayor diligencia y por lo tanto con economía procesal a los asuntos de similar naturaleza que se ventilaran ante éste, trayendo como consecuencia más atención y espacio a otros asuntos que también son importantes e igual de trascendentes por resolver, administrando mejor la justicia. Asimismo, para concluir este capítulo, pretendemos dejar bien establecido que es la Vía de Jurisdicción Voluntaria la forma idónea para declarar formal un testamento ológrafo.

Han quedado expuestos los pormenores de su definición, de las teorías en Pro y las que están en contra de su terminología, pero lo que no podemos cambiar es su definición legal, la cual una vez analizada, nos lleva de la mano para entender que el testamento ológrafo se autentifica y hace las veces de cualquier otro testamento que ha sido pasado ante la fe de un notario

público, a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria en la que el C. Juez de lo Familiar de Primera Instancia está supervisando que dicho testamento se encuentra revestido con todos los requisitos que la ley señala para ese tipo de testamento, y ya con la potestad que el orden público dota a dicho funcionario éste declara que efectivamente es formal y contiene los elementos necesarios para iniciar la denuncia de un Juicio Sucesorio Testamentario.

Es por esto, que requerimos de un precepto legal acorde a las necesidades que arroja la sociedad, las que no sólo se prevean sino que se logren consolidar en su resolución. Por esta razón nuestro próximo capítulo abre un panorama que exploramos bajo el tenor de documentar la adición que proponemos.

CAPITULO IV.

DE LA ADICIÓN AL ARTÍCULO 1561 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

4.1 INEXISTENCIA DE PRECEPTOS LEGALES QUE DETERMINEN LA VÍA PARA DECLARAR FORMAL UN TESTAMENTO OLOGRAFO

Es en este Capítulo donde haremos notar que al no existir lineamiento legal alguno que exprese indiscutiblemente la manera en que se inicia el trámite adecuado para declarar formal un testamento ológrafo, se da lugar a la aplicación de conocimientos adquiridos por expertos en derecho, quienes por costumbre han realizado tal o cual acto sin mayor problema hasta el momento en que se encuentran con un juzgador que no acepta los planteamientos de sus respectivas solicitudes. En el apartado 4.1 estudiaremos lo que la doctrina jurídica nos da a conocer como lagunas del derecho; en el subapartado 4.1.1 se abre una secuencia del tema abordado en el apartado anterior, esto es, al referirnos a la inexistencia de disposiciones legales, enfocaremos nuestra atención a la costumbre y más en especial a la costumbre procesal, la cual demostrará ser la que lleva a los expertos a tramitar ya sea en Jurisdicción Voluntaria o en Vía Sucesoria Testamentaria, la Declaración de Ser Formal el Testamento Ológrafo. Justificaremos la importancia que reviste nuestra propuesta, en virtud por la cual se estaría aplicando directamente el Principio de Economía Procesal, tema que trabajaremos en el apartado 4.2. Y para dar cabida al tema que concluye nuestra tesis, previsto en el apartado 4.3, proponemos y defendemos deba adicionarse el artículo 1561 del Código Civil para el Distrito Federal, pasando por el análisis de Interpretación Jurídica, Principios Generales del Derecho y Equidad.

En los artículos 881, 882 y 883 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se especifica el modo de hacer la declaración de ser formal un testamento ológrafo, sin embargo, como lo hemos venido sosteniendo, pensamos que en la práctica jurídica resultan limitativos, ya que lejos de precisar el trámite a seguir tanto para iniciarlo como para desarrollarlo y así culminar con lo que refiere el artículo 882, el cual relaciona inmediatamente a la audiencia que establece el artículo 1561 del Código Civil para el Distrito Federal, por la que se declara formal un testamento ológrafo, abre el espacio para interpretar que es a través de la vía en que se tramita un juicio sucesorio testamentario, llamada en la práctica procesal vía testamentaria, por la que se deba declarar formal un testamento ológrafo.

Insistimos en que al no especificarse la vía, se ha venido interpretando de varias maneras, conduciéndonos al error y consecuente rezago del procedimiento.

Por otra parte, el artículo 893 del Código Adjetivo Civil del Distrito Federal en su primer párrafo establece que la jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas. Por otro lado, el artículo 927 fracción I del mismo ordenamiento legal establece que la información ad perpetuam podrá decretarse cuando no tenga interés más que el promovente y se trate de justificar algún hecho o acreditar un derecho. Como podemos observar, nos encontramos hasta este punto con el mismo problema que expuse en los dos párrafos anteriores, de no poder esclarecer con precisión la tramitación que debe seguirse para declarar formal un testamento ológrafo.

Pretendemos delimitar en este apartado que realmente nos encontramos ante un caso típico de lo que llama la doctrina jurídica Laguna del Derecho, apoyando esta afirmación con lo que el maestro Rolando Tamayo nos instruye con respecto al tema. Según este maestro la voz "laguna" proviene del latín lacuna-ae que significa, además de "profundidad del mar", "cavidad", "oquedad", "hoyo", "falta", "vacío". De ahí –nos dice el maestro–, lacunosus es "lleno de hoyos, de huecos". El maestro Tamayo y Salmorán establece que en un sentido general y, conforme con su etimología, "laguna" significa, inter alia: "omisión, carencia, falta", connotando la idea de insuficiencia, defecto, carencia, imprevisión, ausencia. Este es el sentido que tiene "laguna" dentro de la expresión "laguna del derecho".

En la literatura jurídica, nos ilustra el maestro Tamayo, se entiende por laguna del derecho la circunstancia en que en un orden jurídico determinado no existe disposición aplicable a una cuestión jurídica (caso, controversia). Tiene lugar cuando se está frente a situaciones "no previstas".

"En los ordenes jurídicos positivos (históricos) surgen casos que requieren de una respuesta jurídica que, hasta su planteamiento, ésta no se encuentra ni en la costumbre (nunca surgió), ni en las resoluciones judiciales (no surgió o no fue propiamente planteado) ni en la legislación.

Estos casos no previstos que en el discurso jurídico se conocen como "lagunas del derecho" necesitan ser resueltos.

Estas omisiones son colmadas de conformidad con las reglas de integración previstas (o recibidas por la tradición y prácticas profesionales). El requerimiento dogmático de que el derecho debe proveer a cualquier cuestión jurídica, deriva de la misma concepción del orden jurídico como sistema que clausura

controversias reales o potenciales a través de la función integrativa de la actividad judicial. Este es uno de los rasgos característicos del orden jurídico.

La noción de Laguna del Derecho no sólo alude a la existencia de casos no previstos sino a sus formas de resolución. Laguna e integración son términos correlativos.

El problema de las lagunas, consecuentemente es parte del problema de la completitud del orden jurídico. El derecho debe presentarse como un conjunto de soluciones a los casos propiamente planteados a los órganos de aplicación del derecho. Es claro que el término 'derecho' dentro de la expresión 'laguna del derecho' es usado en el sentido de 'orden jurídico' indicando el complejo de disposiciones jurídicas (legislativas, judiciales o consuetudinarias) a las cuales debe recurrir el juez (o el órgano aplicador) para resolver una cuestión jurídica.

Al conjunto de reglas (metareglas, principios, máximas, sentencias) destinadas a eliminar las lagunas de un orden jurídico se les conoce como 'reglas de integración del derecho'. Estas reglas (y los procedimientos que establecen) presuponen que el orden jurídico es susceptible de contener lagunas y, consecuentemente, prevé las formas para su eliminación. La existencia de procedimientos de integración ha puesto en duda que se pueda hablar legítimamente de 'lagunas del derecho'. Si el derecho dispone de medios para superar las supuestas lagunas, entonces, propiamente hablando, el orden jurídico (considerado en su aspecto dinámico, por ejemplo como actos de creación y aplicación de derecho), no contiene lagunas.

La historia del derecho ha probado que los órdenes jurídicos históricos (positivos) contienen los medios (reglas y metareglas) para resolver cualquier casus omissus.”⁶⁸

Sumado a que es evidente y prevalece la laguna de derecho con relación al inicio y como consecuencia al tramite mismo que debe seguirse para declarar formal un testamento ológrafo, tratamos de encontrar apoyo para ilustrar este apartado en jurisprudencias que versan acerca del tema:

La validez del testamento perfeccionando la voluntad de quien lo otorgó da lugar a la presente jurisprudencia: “SUCESIONES. VOLUNTAD DEL TESTADOR. PREVALECE SOBRE LA SUCESION LEGITIMA (LEGISLACION DEL ESTADO DE OAXACA). La disposición y adjudicación de los bienes derivados de un testamento, no pueden ser objeto de sucesión legítima, porque teniendo aquél validez, resulta preponderante la escritura o título que se otorgue a favor del heredero en el juicio testamentario, ya que en materia de sucesiones prevalece la voluntad del autor de la misma, como se desprende de una recta interpretación del artículo 1185 del Código Civil del Estado en relación con el 763 del de procedimientos de la materia.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 283/88. Juan López Nelio. 27 de enero de 1989. Octava Epoca. Fuente Semanario Judicial de la Federación. Tomo III Segunda Parte-2. Página 797. Unanimidad de Votos. Ponente: Agustín Romero Montalvo. Secretaria: María de los Angeles Pombo Rosas.”

De la siguiente jurisprudencia queremos hacer notar el reconocimiento que se tiene acerca del objeto de pasar ante la

⁶⁸ Tamayo y Salmorán, Rolando, Elementos para una Teoría General del Derecho, (Introducción al Estudio de la Ciencia Jurídica). Primera Edición, Editorial Themis, México, 1992, Pág. 153.

autoridad judicial los juicios testamentarios, de ahí que sea trascendente nuestro trabajo de tesis, en el cual estamos propugnando que sea la vía de jurisdicción voluntaria por la que se analicen con mayor detenimiento los elementos y requisitos del testamento ológrafo que previamente ha otorgado y depositado el testador en el Archivo General de Notarías sin la fe de ninguna autoridad: "HEREDEROS, SU CALIDAD JUICIOS TESTAMENTARIOS, CUANDO SE DEFINE. Si bien es verdad que el objeto de someter los juicios testamentarios a la autoridad judicial lo es el que se cumplan las formalidades legales, ello no implica que la calidad de heredero se origine hasta que el Juez así lo declare, como ocurre en los juicios intestamentarios, ya que esa calidad se deriva en principio del propio testamento, que 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 y se ve corroborado con el reconocimiento, que en la junta a que alude el artículo 940 del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Estado haga el Juez a los herederos cuya capacidad no ha sido objetada, nombrados en un testamento no impugnado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 947 del ordenamiento legal citado.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS CIVIL Y DE TRABAJO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo en revisión 2/94. Angel Domínguez Velázquez. 23 de agosto de 1994. Octava Epoca. Fuente Semanario Judicial de la Federación. Tomo XIV-Noviembre. Tesis II 2º. C.T. 2C. Página 451. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretaria: E. Laura Rojas Vargas."

El siguiente ejemplo señala con respecto al tema que estamos explorando, los requisitos para que tenga validez el testamento ológrafo. Como lo podremos ver, la autoridad tiene como sinónimos validez y formalidad, características que procesalmente tienen otras connotaciones con respecto al testamento ológrafo, de lo cual hemos tratado en el capítulo segundo de este trabajo. La tesis jurisprudencial es la siguiente: "TESTAMENTO OLOGRAFO. NO LO INVALIDA LA CIRCUNSTANCIA DE QUE SEA FIRMADO POR DOS TESTIGOS. Del contenido de los artículos 1550 al 1564 del Código Civil del Distrito Federal, se desprende que si bien es cierto que éstos regulan los requisitos a que debe sujetarse el testamento ológrafo para que tenga validez entre los que se exige, que lo suscriban personas mayores de edad, que esté totalmente escrito y signado por su autor, con la expresión del día, mes y año en que se otorgue, y que si existen palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salve con su firma; que deberá hacerse por duplicado imprimiendo en cada ejemplar la huella digital, además de las formalidades inherentes a su depósito en el Archivo General de Notarías; no menos cierto es que, dichos preceptos en ningún momento señalan la obligación de que sea estrictamente secreto o rubricado únicamente por el testador y menos aún, prohíben que sea firmado por dos testigos, de tal suerte que por esta sola circunstancia, no se afecta en manera alguna la eficacia jurídica del documento en cuestión, dado que no hay disposición expresa en tal sentido máxime que esa medida, sólo revela la intención del titular de darle mayor confiabilidad al acto jurídico.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 716/93. Esperanza Lozada González. 20 de mayo de 1993. Octava Época. Fuente Semanario Judicial de la Federación. Tomo XII-Julio. Página 314. Unanimidad de votos. Ponente: Ana María Ulloa de Rebollo. Secretario: Jaime Aurelio Serret Alvarez."

De todo lo tratado y estudiado con anterioridad, nos damos cuenta que son escasos los elementos de base que nos determinen cómo debe iniciarse el trámite para declarar formal un testamento ológrafo. Observemos que no hay un precepto legal, lineamiento doctrinario ni de jurisprudencia que determine fehacientemente el inicio y desarrollo de una vía determinada para realizar la declaración de ser formal el testamento ológrafo. Es por eso que hemos venido defendiendo y además demostrando que es la jurisdicción voluntaria la vía idónea para declararlo formal, y si con esto fuera aún escaso lo demostrado, podremos observar en el siguiente apartado en el que abordaremos el tema de la costumbre que se practica procesalmente para solicitar la declaración de ser formal el testamento ológrafo, que ha resultado oneroso y desgastante el hecho de no existir precepto legal alguno que nos determine expresamente la forma en que debe iniciarse el trámite que hemos referido en líneas anteriores.

4.1.1 LA COSTUMBRE COMO PRÁCTICA PROCESAL PARA SOLICITAR LA DECLARACIÓN DE SER FORMAL EL TESTAMENTO OLÓGRAFO.

El presente apartado tiene como finalidad enriquecer y complementar los apartados anteriores en los que hemos venido ilustrando con ejemplos, comentarios, enseñanzas doctrinales, y demás elementos que nos han servido de apoyo para desarrollar el presente trabajo de tesis, en el sentido de visualizar con detenimiento cómo en la práctica jurídica dentro de los Juzgados en Materia Familiar de Primera Instancia del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, por costumbre los abogados representantes de los interesados en declarar formal un testamento ológrafo inician éste tipo de trámite como se inicia el procedimiento por el que se denuncia un Juicio Sucesorio Testamentario, quedando establecido hasta este punto que no es la vía adecuada ni específica.

Analizando el tema de la costumbre, actualmente se entiende por esta como fuente formal directa del derecho, la repetición de actos semejantes realizados de un modo constante por el pueblo y con la convicción de su necesidad jurídica, está constituida por un elemento objetivo, es decir, la repetición constante de cierta manera de obrar y el elemento subjetivo, o sea, la convicción de que es necesario acatar ese hábito. Analizando el vocablo, encontramos diversas clases de costumbre:

- La costumbre interpretativa, cuya función es fijar el alcance de un texto legislativo en caso de que éste no sea claro.
- La costumbre supletoria, que actúa como fuente de derecho a falta de la ley escrita.

- Costumbre contraria a la ley que aparece en abierta oposición a disposiciones legislativas expresas. Se dice que es costumbre derogatoria de la ley.

En nuestro derecho, la costumbre supletoria y la interpretativa tienen escaso valor. La derogatoria carece en absoluto de fuerza jurídica, según lo establece el legislador en los artículos 9 y 10 del Código Civil para el Distrito Federal.

La costumbre es delegada, cuando la ley remite a ella para la solución de ciertas controversias; y es delegante cuando una norma jurídica autoriza a una determinada instancia u órgano para crear una norma de derecho escrito.

Autores señalan que los artículos que aluden a la costumbre en el Código Civil son: 997, 999, 1796, 1856, 2457, 2496, 2607, 2619, 2661, 2741, 2754 y 2517. Y que en dichos preceptos, la costumbre tiene fuerza obligatoria, no en sí misma, sino por un reconocimiento de la ley.

“La costumbre no es “fuente” del derecho procesal positivo mexicano”, eso nos dice el maestro Rafael De Pina, agregando que no existe precepto legal alguno que permita incluir a la costumbre entre las fuentes formales del derecho procesal, ni civil, ni penal, en relación con el sistema jurídico mexicano.

En cuanto a los llamados usos forenses, que se manifiestan en oposición con las normas dictadas por el legislador, según lo enseñado por el maestro De Pina, no deben ser admitidos como fuentes o manifestaciones del derecho, sino rechazados porque significan el propósito de sustituir las reglas del proceso establecidas por la vía legislativa por otras que tienen su origen en la voluntad de los funcionarios judiciales, a los que está vedada cualquier iniciativa que tienda a desconocer la legalidad instaurada o a desnaturalizar su verdadero sentido.

Escribe el maestro De Pina que "la llamada práctica forense (o usos forenses) ha escrito Pugliatti no es mas que un conjunto de hábitos locales comunes a los magistrados y abogados de una determinada curia, y especialmente relativos a la aplicación de normas de derecho procesal. Se trata —a su juicio— de un conjunto de usos de hecho, los cuales no tienen ninguna eficacia jurídica: esto es, tiene valor en tanto los sujetos se someten a ellos, pero si alguno niega en las formas establecidas por la ley su legitimidad, el magistrado que debe juzgar no tiene más remedio que desconocerlos. Estos usos *fori*, pues, según reconoce Pugliatti, nada tienen que ver: a) ni con las normas consuetudinarias, que son verdaderas normas jurídicas (cuando tengan, se comprende, los caracteres requeridos y cuando la ley reconozca su aplicabilidad); b) ni constituyen, en rigor, una verdadera interpretación de determinadas normas jurídicas. En otros términos: no tienen ninguna eficacia real jurídica".⁶⁹

Por otro lado nos explica el maestro Tamayo y Salmorán que "la expresión costumbre es altamente equívoca, puede significar "hábito", uso, moda, práctica, etc. En el discurso jurídico la expresión "costumbre" no está exenta de las imprecisiones del lenguaje ordinario. En el discurso jurídico costumbre es un término ambiguo; por un lado, parece significar ciertos hechos, acontecimientos o conductas; por otro lado, significa 'pauta de comportamiento, norma, derecho'".

Por costumbre jurídica entiende este maestro la norma jurídica que resulta del procedimiento consuetudinario de creación. Según su criterio, significa: Norma consuetudinaria.

⁶⁹ Pina, Rafael De y José Castillo Larrañaga, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Vigésima Sexta Edición revisada y aumentada por Rafael De Pina Vara, Editorial Porrúa, México, 2002, Pág. 24.

Nos explica con respecto a este tema que “el procedimiento consuetudinario de creación es aquel mediante el cual la descripción de un “acto repetido” (‘acostumbrado’) se convierte en el contenido de una norma jurídica. Este procedimiento tiene lugar por la necesidad de determinar los efectos jurídicos de ciertos actos. Cuando existe una legislación que es en general observada, la determinación del derecho que se aplica a ciertos actos o que se aplica para decidir una controversia es relativamente fácil (bajo abstracción de las dificultades técnicas de cierto tipo de legislación); basta con señalar la disposición contenida en el texto de la legislación aplicable. Cuando el texto es insuficiente, la determinación del derecho aplicable requiere de ciertos recursos hermenéuticos.”

“Cuando no existe texto se determina el derecho aplicable a través del procedimiento consuetudinario que en este caso es un medio que permite al órgano aplicador ‘encontrar’ el derecho, haciendo del ‘comportamiento repetido’ (de su descripción) el contenido de una norma aplicable al caso. El procedimiento consuetudinario genera una norma cuyo contenido es justamente la pauta repetida del comportamiento. Cuando un órgano aplicador (el Juez) ‘reconoce’ o ‘declara’ que cierto acto es un hecho que cae bajo la descripción de una forma de conducta repetida entonces el órgano aplicador, en realidad, crea una norma cuyo contenido es precisamente esa pauta de comportamiento.” Con base a esto, el maestro nos enseña que los elementos del procedimiento consuetudinario son los siguientes:

1. El comportamiento repetido y 2. El sentido normativo adscrito al comportamiento repetido.

“El primer elemento –señala el maestro-, comúnmente llamado elemento material de la costumbre alude a comportamiento humano. Es habitual que dentro de este aspecto material se señale el hecho de la repetición. La repetición es un criterio que permite establecer qué actos forman una secuencia que pueda llamarse “pauta de conducta”. La expresión “repetición” señala únicamente un conjunto de actos con propiedades similares; propiedades adscritas por el órgano aplicador. La repetición de hechos produce, como objeto distinto de los hechos individuales repetidos, la costumbre del hecho. Los hechos repetidos (acostumbrados), los cuales producen, mediante su repetición, la costumbre del hecho, son miembros de una clase; la costumbre, la clase misma.”

“El segundo elemento del procedimiento consuetudinario conocido tiene un doble aspecto. El primero consiste en tener por jurídicamente válida una pauta de comportamiento (en el sentido descrito). Una pauta de comportamiento que señala qué hacer, es una norma jurídica: una norma jurídica creada consuetudinariamente. El segundo aspecto consiste en la adscripción de la modalidad normativa específica (obligado, prohibido, facultado, etc.) que tal pauta de comportamiento asigna al comportamiento repetido. Un individuo puede considerar que determinados actos se repiten con cierta frecuencia y que un acto concreto es una instancia de la frecuencia o repetición, es decir, cae bajo cierta pauta de conducta. Desde el momento que este individuo decide que este acto (prohibido, obligado, facultado) pertenece al conjunto de conductas que forman esa repetición, entonces convierte dicha pauta de comportamiento en una norma jurídica aplicable al caso contemplado (al caso que se incluye en la repetición).”

“Este procedimiento se complica progresivamente, a medida que la decisión es tomada por instancias en donde participan un mayor número de personas.” Termina el maestro diciendo: “Me parece muy importante subrayar que la autoridad que conoce de una cuestión jurídica tiene que determinar “el derecho aplicable” a la cuestión que considera. El derecho aplicable que resulta de este procedimiento (establecido por este procedimiento) es una norma jurídica consuetudinaria que normalmente se denomina *costumbre jurídica*”⁷⁰.

“LA COSTUMBRE NO ES FUENTE DEL DERECHO PROCESAL”, dice el tratadista Carli, agregando: “parecería que existe consenso entre los procesalistas en considerar a la costumbre como fuente. Alsina dice: “Mas que en ninguna otra rama del derecho, los usos y costumbres tienen en materia de procedimiento una importancia fundamental”; Podetti expresa: “En ninguna rama del derecho tiene tanta fuerza la costumbre como en la procesal, al extremo que con frecuencia ha sustituido a la ley”. Carlos, con mayor ponderación en el tema, escribe: “Los usos y desde luego los usos forenses crean hábitos y prácticas en las actividades que se desarrollan ante los jueces y tribunales, pero en modo alguno pueden ellos tener la eficacia de la ley, a menos que esta última los haya tenido especialmente en cuenta. Lo que acontece frecuentemente es que estos usos y hábitos producen anquilosamiento de las leyes procesales, cuando no corruptelas difíciles de desarraigar, que conspiran contra las reformas de la legislación de este orden o por lo menos retardan la incorporación de los principios que la ciencia y la experiencia aconsejan”.

⁷⁰ Tamayo y Salmorán Rolando, op. cit., pág. 141.

No se trata de costumbres forenses que vienen a llenar o a suplir vacíos legislativos, sino de especiales maneras de actuar la propia ley. En realidad, se trata de formas prácticas adoptadas por la rutina burocrática, especialmente en el formalismo procesal; tiene una virtud: la de su aceptación incondicionada como formas del "formalismo ritual", pero no han sido ni serán fuente del derecho procesal. Por eso es inexacta la afirmación dogmática de Alsina y Podetti: La costumbre no es fuente del derecho procesal."⁷¹

El maestro Galindo Garfias opina con relación a esta figura jurídica que en la actualidad se entiende generalmente por costumbre, como fuente de derecho, los hábitos creados por la repetición de actos semejantes, realizados de un modo constante por el pueblo, como espontánea creación de los miembros de la comunidad social. Es el derecho nacido por natural iniciativa de la sociedad. Esto quiere decir que cuando un hábito se generaliza, dentro de un grupo social y se le considera como una práctica jurídica, ese hecho se transforma en derecho consuetudinario. De esta manera, la práctica constante da lugar al nacimiento de una regla de conducta que a pesar de que no ha sido sancionada en forma expresa por el poder público, adquiere fuerza jurídica obligatoria.

Nos ilustra el maestro Galindo señalando que a este elemento material consistente en la repetición constante de una cierta manera de obrar, debe agregarse la convicción de que es necesario acatar ese hábito, pues de no cumplir con él, puede ser coactivamente impuesto al obligado.

"La costumbre —expone el maestro Galindo Garfias— es la repetición de un hábito que da nacimiento al derecho no escrito,

⁷¹ Carli, Carlo, *Derecho Procesal*, Editorial Abeledo-Perrot, Primera Edición,

el derecho consuetudinario. El papel de la costumbre en el derecho moderno ha ido quedando relegado a segundo término en la mayoría de las organizaciones políticas o estatales. En efecto, si bien es cierto que la costumbre es la manifestación más o menos espontánea de los hábitos y las aspiraciones sociales y que por ello se adapta mejor a la mutabilidad histórica de las relaciones sociales, también es verdad que en la naturaleza flexible y mutable de la costumbre, se oculta el germen de la inseguridad y de la dificultad ante la que se halla el intérprete, para determinar con exactitud en qué momento se ha operado un cambio o transformación en las relaciones sociales, que justifique un cambio paralelo en la norma jurídica consuetudinaria aplicable al caso concreto".⁷²

La costumbre como práctica procesal para solicitar la declaración de ser formal el testamento ológrafo, después de haber expuesto los pensamientos que algunos autores han dejado establecidos en la doctrina jurídica acerca de la costumbre, queda claro que no se trata de fuente formal de derecho, ni ha sido el sentido que hemos querido dar a este apartado, partiendo del principio básico que en nuestro sistema de Derecho Positivo, esta figura tiene escasa importancia como fuente del mismo, ya que lo es únicamente en los casos señalados por la Ley, entre otros, los previstos en los artículos a que hemos hecho referencia en líneas anteriores, es decir, fuera de los casos autorizados por la propia ley, la costumbre no tiene fuerza obligatoria, pudiendo al respecto aplicar la regla establecida por el artículo 10 del Código Civil para el Distrito

Buenos Aires, 1962, Pág. 39.

⁷² Galindo Garfias, Ignacio, Derecho Civil, Primer Curso, Parte General, Personas, Familias, Vigésima Edición, Editorial Porrúa, México, 2000, pág. 46 y 47.

Federal, el cual nos señala: "Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario".

El sentido que pretendemos aplicar en este apartado va encaminado a exponer lo colosal que resulta el índice de asuntos en los que se pretende obtener la declaración de ser formal el testamento ológrafo a través de un procedimiento distinto al de la Vía de Jurisdicción Voluntaria, concretamente refiriéndonos al trámite que se inicia con la denuncia de un juicio sucesorio testamentario que tenga como base un testamento que no sea ológrafo, debido a que este tipo de testamento tiene características propias que lo hacen diferente a los demás que prevé nuestra legislación civil en el Distrito Federal, hasta llegar a la Sección Cuarta llamada de Partición. Señalamos que es un testamento diferente el ológrafo, partiendo desde la forma en que se origina hasta la manera en que se realiza la declaración de ser formal, lo cual ocurre antes de declararlo válido, recordando que el acto de declararlo válido debe ser realizado dentro de la Primera Sección denominada de Sucesión.

Por costumbre, tradición, práctica consuetudinaria procesal, etc., los interesados en declarar formal un testamento ológrafo inician este tipo de trámite en la vía por la que se sigue un Juicio Sucesorio Testamentario, el cual, dependiendo del criterio del Juez ante quien sea tramite, le dará entrada como tal o como Diligencias de Jurisdicción Voluntaria para Declarar Formal el Testamento Ológrafo, pudiendo iniciarse correctamente este trámite desde un principio como Diligencias de Jurisdicción Voluntaria, sin necesidad de desahogar vistas los interesados ni dictar acuerdos el juzgador para aclarar o regularizar el procedimiento.

Algunos de estos procedimientos han quedado ejemplificados en el apartado 3.3 del presente trabajo, los elementos que los caracterizan los explicaremos de una manera sucinta:

Para declarar formal un testamento ológrafo a través de la Vía de Jurisdicción Voluntaria, eso si es llevada sin incidentes o impedimentos que permitan su declaración, se desarrollan los siguientes puntos:

1. Los interesados por escrito ante un juzgado de materia familiar, indican la muerte de la persona quien en vida otorgó su testamento ológrafo, presentando el duplicado sin abrir de dicho testamento y los documentos que acrediten el objeto por el que promueven.
2. Si dicho escrito contiene los elementos y requisitos que señala el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal se ordena su admisión por el juzgado.
3. Dentro del auto por el que se tienen admitidas las Diligencias de Jurisdicción Voluntaria para Declarar Formal el Testamento Ológrafo, se ordena dar vista al Ministerio Público, girar los oficios de estilo (estos son los que se dirigen al Archivo General de Notarías para que informe si además del original del testamento ológrafo que se debe enviar al juzgado, se han otorgado testamentos público abierto o público simplificado posteriores al ológrafo), así como girar oficio al Archivo Judicial para que informe si hay algún testamento depositado en esa oficina.
4. Se señala fecha para que tenga verificativo la audiencia a que se refiere el artículo 1561 del Código Civil para el Distrito Federal, con citación del Ministerio Público.

5. Si el testamento ológrafo reúne los requisitos que señala el Código Civil, éste se declara formal por sentencia interlocutoria dictada en la audiencia o por separado.

Una vez declarado formal el testamento ológrafo, el paso a seguir para declararlo válido, es acudir con un legajo de copias certificadas de las Diligencias de Jurisdicción Voluntaria en mención a la Oficialía de Partes Común Civil-Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal con el escrito de denuncia respectivo para que sea turnado, puede darse el caso de ser asignado al mismo juzgado en el que se desarrollaron las diligencias de jurisdicción voluntaria o puede darse el caso de ser asignado a otro juzgado familiar y ante éste se inicie un juicio sucesorio testamentario, teniendo como base un testamento ológrafo debidamente formalizado, pasado previamente ante la fe y autoridad de un juzgador quien ha realizado la declaración de que ese tipo de testamento es formal porque reúne los requisitos que la ley exige para esos casos.

En la práctica procesal, se mezcla o confunde la tramitación para declarar formal un testamento ológrafo con la que se declara válido éste, a través del desarrollo de la Sección Primera como juicio sucesorio, es decir, a través de la vía conocida como testamentaria. Este tipo de trámite, si es llevado sin incidentes o impedimentos que permitan su declaración, y partiendo del criterio que utilice el titular del juzgado, es desarrollado por los siguientes puntos:

1. Se denuncia por escrito ante un juzgado de materia familiar la muerte de la persona quien en vida otorgó su testamento ológrafo, presentando el duplicado sin abrir de dicho testamento, acreditando su interés con documentación conveniente.

2. Si dicho escrito contiene los elementos y requisitos que señala el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal se ordena su radicación en el juzgado.
3. Dentro del auto de radicación se ordena girar los oficios de estilo; dependiendo del criterio del juez, se manda dar aviso al Secretario de Salud del Gobierno del Distrito Federal, así como dar vista al Ministerio Público.
4. Se señala fecha para que tenga verificativo la audiencia a que se refiere el artículo 1561 del Código Civil para el Distrito Federal, con citación del Ministerio Público.
5. Si el testamento ológrafo reúne los requisitos que señala el Código Civil, éste se declara formal por sentencia interlocutoria dictada en el cuerpo de la audiencia o por separado.
6. Una vez declarado formal, por solicitud de los interesados y con fundamento en los artículos 790 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se señala fecha para que tenga verificativo la audiencia (el Código de Procedimientos la señala como junta), por la que se dará a conocer el albacea designado en el testamento si lo hubiese o se elegirá al mismo si no lo hubiere, asimismo se reconocerá como herederos a los que estén nombrados en las porciones que les correspondan.

Insisto que del criterio que utilice el titular del juzgado, así como de la forma en que se exponga por los interesados el trámite a seguir para declarar formal y posteriormente válido al testamento ológrafo, depende el que no se trastoquen vías procesales diferentes, ya que en los cuarenta juzgados familiares del Distrito Federal no se ha conformado un principio rector por el cual se

nos indique que es a través de determinada vía procesal por la que se declare formal y válido un testamento ológrafo; en realidad, podemos acudir ante un juzgado familiar planteando determinada forma para tramitarlo en el que se nos puede indicar que no es la vía idónea para hacerlo, ya que se quebrantarían lineamientos e intereses de orden público, como podríamos acudir a otro juzgado en el que se nos diera trámite, sin encontrar obstáculo en su prosecución.

Por lo anteriormente expuesto, formulamos las siguientes preguntas: ¿Cuál de los procedimientos expuestos y desarrollados en la práctica por costumbre, resulta más económico en el sentido monetario y en el sentido procesal, para los interesados y para el órgano jurisdiccional, sin perturbar el Orden Jurídico establecido? ¿Tendríamos mejores resultados si existiese un lineamiento expreso por la ley en el que se nos indique la vía idónea para declarar formal un testamento ológrafo?

Las respuestas a estas cuestiones las trataremos de fundamentar dándoles contestación en el apartado siguiente.

4.2 NECESIDAD DE APLICAR EL PRINCIPIO DE ECONOMIA PROCESAL.

Nuestro interés por propugnar la adición de un segundo párrafo al artículo 1561 del Código Civil para el Distrito Federal tiene como uno de sus principales objetivos el coadyuvar a que los intereses de la sociedad y el orden público no se vean envueltos en la confusión dada a las expresiones que el legislador ha olvidado establecer y que la realidad procesal exige llevar a la práctica. Por lo expuesto en párrafos anteriores, parecería factible que la vía por la que se tramita un juicio sucesorio testamentario sea la vía por la que también deba declararse formal un testamento ológrafo, pero apegándonos en estricto sentido respetando la ortodoxia del derecho, resulta que el legislador no expone de manera cierta y precisa que esa sea la vía correcta para los efectos que mencionamos, en cambio sí muestra algunas luces en cuanto a que sea la figura de jurisdicción voluntaria la vía idónea, ya que es a través de esta por la que acude la parte interesada al juez con el objetivo de obtener una constancia documental de determinados actos, cumpliendo una función con matices de naturaleza notarial, es decir, se encomienda o se pone en las manos del juez una actividad de carácter administrativa con la finalidad de que a través de esa intervención –como dice el maestro Gómez Lara-, se certifique, se sancione, se otorgue fe de ciertos hechos o actos jurídicos, como requisito formal y en ocasiones de autenticidad y de garantía de legalidad, como sería el caso que estamos tratando específicamente de declarar formal un testamento ológrafo.

En este apartado trataremos el principio de economía procesal que debe caracterizar a todo procedimiento, el cual lo

relacionaremos desde nuestra perspectiva al trámite para efectuar la declaración de ser formal el testamento ológrafo, que al ser analizado en el cuerpo del presente trabajo, hemos tratado de demostrar justificando, que una aplicación correcta del principio arriba mencionado se observaría en la vía de jurisdicción voluntaria para declarar formal el testamento ológrafo, tomando como base todos y cada uno de los elementos que se contienen en esta tesis. A continuación estudiaremos algunas de las acepciones que dentro de la doctrina jurídica se tienen con respecto al principio de economía procesal.

El maestro Calamandrei nos enseña que las normas jurídicas reguladoras de las formas procesales disciplinan no solamente la estructura exterior de los actos singulares del proceso, considerados cada uno como unidad aislada, sino también el orden y la relación de tiempo y de lugar que se verifican entre unos y otros, o sea la posición que cada uno de ellos debe tener en la serie de que forma parte. Expone que para disciplinar la estructura exterior de cada acto procesal considerado en sí mismo, el derecho procesal establece por quién puede ser cumplido cada acto (por los órganos judiciales, o por las partes o por tercero), qué medios de expresión deben ser empleados (idioma oficial); forma escrita o forma oral, y las condiciones de lugar o de tiempo deben ser observadas para cada uno de ellos.⁷³

En la doctrina jurídica tenemos al maestro Roland Arazi, quien comenta: "Como dice Couture, 'toda ley procesal, todo texto particular que regula un trámite del proceso, es, en primer término, el desenvolvimiento de un principio procesal, y ese

⁷³ Calamandrei, Piero, op. cit., pág. 324.

principio es, en sí mismo, un partido tomado, una elección entre varios análogos que el legislador hace". Cita al maestro Couture para señalar que las normas procesales no se establecen caprichosamente, ni son el puro resultado de la intención del legislador; antes bien, reflejan ciertas orientaciones estimadas como valiosas y posibles por una concreta comunidad, que responden a múltiples factores, históricos, políticos, económicos y sociales que influyen a la vez sobre el propio derecho sustantivo o "de fondo" a cuyo servicio se encuentra el proceso.

El maestro Arazi nos hace entender por principios procesales aquellas directivas generales en las que se inspira un ordenamiento procesal. Y con respecto al principio de economía procesal, establece que se tiende por intermedio de este principio a simplificar, abreviar y abaratar los procedimientos, de modo que la sentencia justa venga también a ser oportuna y, en lo posible, sin dispendios innecesarios. Enriquece este principio señalando que se comprenden dentro de este, entre otros, los siguientes principios:

- a) De Celeridad. Dirigido a acelerar los procedimientos, a través de la abreviación de los plazos, la preclusión, la limitación de las resoluciones judiciales apelables, etc.
- b) De Concentración.- Apunta a la concentración de actos y diligencias que fueren menester realizar. Cobra forma cuando la actividad probatoria se concentra en una o en pocas audiencias fijadas en días consecutivos y próximos a la etapa en que concluya el proceso, de modo que las declaraciones de las partes y de los terceros que intervienen en él no se desfiguren o se pierdan por acción del tiempo, y que la sentencia sea pronunciada por el mismo juez que interviene en la recepción de la prueba.

-
- c) De Eventualidad.- Impone la proposición simultánea de pretensiones, defensas, pruebas y recursos que se pudieren oponer subsidiariamente, de manera que en caso de que una de ellas fuese rechazada pudiese paralelamente obtenerse un pronunciamiento favorable respecto de la otra u otras.
- d) De Saneamiento.- Por este principio se le acuerda al juez la facultad de disponer de oficio toda diligencia que fuere menester para evitar nulidades, y la de señalar los defectos u omisiones de las que pudiere adolecer cualquier petición. Depura el proceso, cuando se le autoriza a rechazar las pretensiones y defensas manifiestamente inadmisibles, pruebas o recursos inconducentes, superfluos y frívolos e incidentes ostensiblemente infundados.⁷⁴

El maestro Oderigo señala que "en formulación principista, economizar significa cubrir una necesidad con el mínimo de sacrificio; idea que siempre está presente en nosotros, en todos los ordenes de la vida, aunque no siempre seamos capaces de llevarla a la práctica."

"Al procesalista corresponde, en primer término, reconocer la conveniencia de esta idea fundamental para la estructuración del proceso, introducir en su empresa el principio de economía procesal, lo que en algunas oportunidades hace de manera expresa, mediante una norma general que lo consagra, y en otras por implicancia, mediante normas particulares, cuya presencia en las leyes sólo se pueden explicar por la entronización de aquél. Y luego, debe acertar con las formas adecuadas para que dicho principio pase a ser una realidad. Por

⁷⁴ Arazí, Roland, Elementos de Derecho Procesal, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L., Buenos Aires, 1988. pág. 111 y 123.

este camino, al presente, es mucho lo que se ha conseguido; más, antes de considerarlo digamos que a veces el procesalista se ha mostrado codiciado, malicioso y a veces avaro, que a veces ha querido obtener demasiado y a veces da demasiado poco, y que en ambos casos ha practicado una mal entendida economía, que ha resultado antieconómica, porque en ambas la necesidad ha quedado insatisfecha."

"Sabido que la finalidad procesal inmediata, el conocimiento de causa, se alcanza por la comprobación de los hechos y por la información jurídica, operaciones que demandan una actividad, un esfuerzo que se cumple en el tiempo y en el espacio, con el auxilio de un instrumental adecuado; y sabiendo también que todo eso cuesta, que el esfuerzo, el espacio y los instrumentos tienen un costo, que el tiempo es oro, fácilmente advertiremos la conveniencia de economizar sobre esos cuatro elementos. Sin pretender una clasificación rigurosa de las medidas económicas adoptadas en razón de cada uno de ellos, porque dichos elementos son prácticamente inseparables, porque la economía de actividad también se traduce en economía de tiempo, de espacio y de instrumentos, etc., podemos reconocer una cantidad de disposiciones legales que los consideran, para economizar sobre ellos."

"Se procura la economía temporal en las normas relativas a términos, en cuanto sólo permiten consumir el tiempo necesario para la realización del acto procesal de que se trate; y especialmente las que establecen términos perentorios e improrrogables y su reducción según las circunstancias del caso, a la urgencia del acto y a las posibilidades de su cumplimiento; las que autorizan la habilitación de días y horas, el efecto

devolutivo de los recursos, que permite ganar tiempo en la ejecución de las resoluciones judiciales.”

Sobre la conveniencia de economizar espacio nos ilustra el maestro Oderigo que “no existen normas legales, pero sí mucha experiencia local; porque nuestros edificios no dan abasto para nuestros tribunales, hay demasiada carga de trabajo.”

Nos dice que “no existen normas legales relativas a la economía en el instrumental ordinario en el rubro muebles y útiles, aunque sobre esto también haya bastante experiencia, en cambio, sí hay normas precisas y claramente intencionadas, concernientes a la economía de otros bienes de mayor importancia, cuyo goce el proceso compromete, instrumentándolos, para la obtención de su finalidad”.

El maestro Oderigo termina este tema exponiendo que se vincula con el principio de economía el principio de Inmaculación, que es igual al principio saneador (igual a limpiar, higienizar el proceso, liberarlo de defectos que pudieran representar un escollo para llegar al pronunciamiento sobre el fondo, sobre el derecho material.) “Parangón a la función semejante a la cuidadosa revisión mecánica de una maquinaria, para su eficiente rendimiento, que también permite abandonar la maquinaria cuando presenta defectos insuperables. En consecuencia, se diría que el principio o regla de inmaculación consiste en reconocer los defectos de los actos procesales, para superarlos cuando se pueda, y para abandonar la empresa cuando no se pueda.”⁷⁵

⁷⁵ Oderigo, Mario A., *Lecciones de Derecho Procesal*, Tomo II, Parte Especial, Séptima Reimpresión 1985, Reimpresión Inalterada, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989, pág. 96-103.

El maestro Arellano García hace una exposición que diversos autores han establecido con respecto al principio de economía procesal, manifestando por ejemplo que este principio ha menester que el proceso se desarrolle, al decir del maestro Eduardo Pallares, con el mayor ahorro de tiempo, de energías y de costo, de acuerdo con las circunstancias de cada caso.

Expone que el maestro De Pina asevera que por este principio se "afirma la necesidad de que los conflictos de intereses susceptibles de ser resueltos mediante la actividad jurisdiccional en un proceso, sean sometidos a reglas que permitan llegar a una decisión con el menor esfuerzo y gasto y en el menor tiempo posible, en beneficio de los litigantes y, en general, de la administración de justicia".

Este principio según el maestro Arellano está regido por el artículo 17 constitucional en la parte en la que establece expresamente: "Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley".⁷⁶ Actualmente, el artículo 17 constitucional establece en su segundo párrafo: "toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales".

Por otra parte el maestro Luis Dorantes Tamayo enseña con relación al principio de economía procesal que "se puede referir al tiempo o al dinero", esto es:

- a) Economía de tiempo.- Para obtenerla se deben simplificar y disminuir los actos procesales. (De otro modo, se realizaría el

adagio que dice: Justicia retardada, Justicia denegada). En este sentido del principio, se presenta el inconveniente de que, a medida que los trámites procesales se simplifican, las garantías de una decisión justa disminuyen.

- b) Economía de dinero. De acuerdo con este sentido del principio, el proceso no debe ser más oneroso que el objeto reclamado. Si el actor va a hacer erogaciones de mayor valor económico que el de las prestaciones que obtendría, suponiendo que la sentencia le fuera favorable, perdería todo interés en el juicio.

Este maestro expone además algunas aplicaciones del principio en comento:

- Limitación de algunas pruebas; por ejemplo, restricción del número de peritos, facultad discrecional del juez de reducir el número de testigos.
- No condenación al pago de gastos y costas, o la reducción de éstos.
- Creación de tribunales especiales, como son, por ejemplo, los juzgados de paz.⁷⁷

Observemos de la anterior exposición que la doctrina desarrolla con respecto al principio de economía procesal, la propuesta que busca la sincronía en la realidad jurídica por que sean desarrollados los diversos procedimientos ante la instancia correspondiente de una manera en que resulten con un mínimo desgaste tanto los interesados, como el mismo órgano

⁷⁶ Arellano García, Carlos, Teoría General del Proceso, Décima Edición, Editorial Porrúa, México, 2001, Pág. 34.

⁷⁷ Dorantes Tamayo, Luis, Elementos de Teoría General del Proceso, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1993, pág. 263.

jurisdiccional al que acuden, para obtener determinada declaración o sentencia.

Tomando en consideración las enseñanzas del maestro Calamandrei, con respecto a que las normas jurídicas reguladoras de las formas procesales disciplinan tanto la estructura exterior de los actos singulares del proceso, así como el orden y la relación de tiempo y de lugar que se verifican entre unos y otros, es decir, la forma en que debe desarrollarse un procedimiento, nos enfrentamos al problema de saber que no existe un lineamiento expreso en la ley que se ajuste al principio de economía procesal, al no señalar el legislador la vía en que deba declararse formal un testamento ológrafo, es decir, no se desenvuelve este principio procesal, al no haber un texto particular –como cita Roland Arazi al maestro Couture-, que regule el inicio del trámite procesal.

De aplicarse la adición al artículo 1561 del Código Civil para el Distrito Federal, tal como lo propugnamos en el presente trabajo, pensamos que se le dará celeridad al procedimiento, concentrando los actos y diligencias que fueren menester realizar, saneando o depurando el procedimiento que en la práctica jurídica hasta la fecha se ha venido produciendo por la falta de expresiones legales al respecto.

El maestro Oderigo dice que es al procesalista a quien corresponde introducir en su empresa el principio de economía procesal, quien en algunas oportunidades, hace de manera expresa o por implicancia porque una norma así lo consagra. Con esto, nos vuelve a dar pauta para manifestar que en el caso que estamos tratando, al no existir lineamiento legal que aplique el principio de economía procesal, el procesalista no puede introducir en su empresa esta clase de principio.

Por eso es que pretendemos con la adición al artículo 1561 del Código Civil para el Distrito Federal, dar un lugar a la economía de actividad, la cual el maestro Oderigo ha planteado, es traducida en economía de tiempo, de espacio y de instrumentos. Por ello nos mostramos interesados en aplicar junto al principio de economía procesal el de Inmaculación, el cual este maestro enseña ser igual al principio saneador que se traduce en limpiar, higienizar el proceso, liberándolo de defectos que pueden representar un escollo para llegar al pronunciamiento que el juez hace al declarar formal un testamento ológrafo.

Intencionalmente titulamos este apartado como necesidad de aplicar el principio de economía procesal con la adición al artículo 1561 del ordenamiento legal sustantivo para el Distrito Federal, porque de llevarse a cabo por el legislador, obtendríamos mayor ahorro de tiempo, de energías y de costo, de acuerdo a la tramitación a desarrollar para declarar formal un testamento ológrafo, permitiéndonos lo que el maestro De Pina asevera, se trate de una creación y sometimiento a reglas que permitan llegar a la declaración arriba mencionada con el menor esfuerzo y gasto y en el menor tiempo posible, en beneficio de los interesados, sus abogados y en general, de la administración de justicia, esto es, defendemos que se adicione un segundo párrafo al artículo 1561 antes indicado, para reafirmar lo que el maestro Dorantes Tamayo enseña líneas arriba: "El principio de economía procesal infiere la economía de tiempo y la economía de dinero".

Con lo anteriormente expuesto, se desprende que para iniciar la vía que nos lleve a declarar como formal un testamento ológrafo, no existe y por lo tanto no se observa lineamiento legal alguno que exprese fehacientemente la vía o procedimiento para esos

fines, es por ello que nos hemos inclinado, y por eso propugnamos que en el artículo 1561 del Código Civil para el Distrito Federal se ordene que la vía de jurisdicción voluntaria sea la idónea para hacer la declaración de ser formal un testamento ológrafo.

4.3 PROPUESTA DE ADICIÓN AL ARTÍCULO 1561 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Podría parecer más práctico lo que conocemos como vía testamentaria para declarar formal el testamento ológrafo y en ese mismo expediente declararlo válido, que iniciar las diligencias de jurisdicción voluntaria para declararlo formal y después denunciar el juicio sucesorio en el que se desarrollen las cuatro secciones que lo caracterizan, pero en realidad lo que hemos defendido porque así lo hemos estado fundamentando, es que si no se da la declaración de ser formal propiamente dicha, a través de la figura jurídica que por antonomasia verifica la existencia de ciertas situaciones jurídicas o la satisfacción de ciertos requisitos legales, características que entre otras tiene la jurisdicción voluntaria, estaríamos frente a lo que nos atreveríamos denominar una aberración jurídica.

Con esta figura perfeccionamos o simplemente no damos trámite a un juicio sucesorio testamentario, si acaso el juez descubriera en jurisdicción voluntaria que el testamento ológrafo se encuentra revestido de defectos en su forma.

Consideramos que no debe declararse formal un testamento ológrafo dentro de la sección primera de un juicio sucesorio testamentario por dos razones fundamentales: 1. El Código Procesal Civil es totalmente expreso en cuanto a las actuaciones que conforman esta sección, en la cual no aparece la declaración de ser formal el testamento ológrafo, y 2. Aunque no lo dispone la ley, es por la solicitud de los interesados que se requiere la intervención del juzgador, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas, ya que al promover el interesado, lo hace con el objetivo primordial de alcanzar la declaración en la que el juez justifique, acreditándose

que el testamento ológrafo efectivamente reúne los requisitos de ley.

Puede haber la posibilidad que nos estemos enfrentando a la clase de problema en la que se necesita interpretar la ley para poder definir y esclarecer la mejor manera a desarrollar para declarar formal un testamento ológrafo. Siendo este el supuesto, el maestro Tamayo y Salmorán enseña que la especial relevancia de la Interpretación Jurídica se designa habitualmente en el cómo pensar y actuar en derecho. El problema lo plantea este maestro de la siguiente manera: "¿Qué interpretan, cómo y para qué, aquellos que llevan a cabo una interpretación jurídica? De este planteamiento surgen las preguntas siguientes: ¿Una interpretación jurídica es tal en razón de su objeto?, ¿En razón de la posición de quien la lleva a cabo?, ¿o más bien en razón de la específica manera como se hace?

Si la interpretación consiste en dotar de significado a ciertas cosas, signos o acontecimientos, entonces la interpretación jurídica –siguiendo este orden de ideas- puede perfectamente consistir en cualquiera de las dos siguientes posibilidades: 1) La adscripción de un significado jurídico a ciertos hechos, signos, acontecimientos o comportamientos (objetos significados), los cuales se constituyen en objetos jurídicos en atención de que son jurídicamente considerados, o mejor, jurídicamente interpretados. 2) La adscripción de un cierto significado al discurso jurídico, leyes, constituciones, tratados, etc.

Los materiales jurídicos (constitución, ley, etc.) que han de aplicarse, o más exactamente, el lenguaje en que son expresados (lenguajes del constituyente, lenguaje del legislador, etc.) recibe, por parte del órgano aplicador, una cierta interpretación de la cual depende la forma en que es aplicado el

derecho. La interpretación orgánica juega, así, un papel definitivo en el procedimiento de creación del orden jurídico. En el efecto, el órgano aplicador, al decidir el sentido que guarda el lenguaje jurídico elaborado, decide, a su vez, el curso de la creación y aplicación subsecuente del derecho. En la interpretación orgánica la interpretación se traduce en actos o voliciones cuyo resultado son los materiales jurídicos que completan un cierto sistema de normas jurídicas. La interpretación es un proceso intelectual que acompaña necesariamente el proceso de aplicación del derecho. Los que son aplicadores del derecho son por ejemplo: Los profesores, los juristas, los particulares, jueces, es decir, cualquiera que dote de significado el lenguaje jurídico, realiza una interpretación jurídica, no es un monopolio de los aplicadores del derecho.⁷⁸

En el Diccionario Jurídico se señala que en un sentido general 'interpretar' significa 'explicar', 'esclarecer' y, por ende, 'descifrar' (el sentido de alguna cosa). El intérprete es el "mediador" que comunica a los demás el significado que se atribuye a ciertos signos o acontecimientos. El intérprete pone en conocimiento de otros, traduce en un lenguaje inteligible, descifra el sentido que corresponde (según ciertos métodos) a determinados signos, fórmulas o sucesos. En este sentido, la interpretación jurídica si no agota la ciencia jurídica dogmática, sí constituye su parte más importante y fundamental. Aún más, la interpretación jurídica no es sólo un tema central de la ciencia del derecho; su especial relevancia reside en que con la expresión 'interpretación jurídica' se designa habitualmente el cómo pensar y actuar en derecho.⁷⁹

⁷⁸ Tamayo y Salmorán, Rolando, Elementos para una Teoría General del Derecho (Introducción al Estudio de la Ciencia Jurídica), Primera Edición, Editorial Themis, México, 1992, Pág. 337.

⁷⁹ Diccionario Jurídico, Desarrollo Jurídico Profesional, CD-Rom, Diseñado para Microsoft Windows 98, Edición 2002.

Consideramos que la propuesta de adición al artículo 1561 del Código Civil para el Distrito Federal también obedece a lo que refiere el maestro Tamayo y Salmorán con respecto a la constante modificación que debe presentar un Orden Jurídico, esto es, basándonos en la posibilidad de cambio de las normas del orden jurídico, nos conduce o ayuda a pensar en que el derecho no es un sistema monolítico, inmóvil. A diario surgen obligaciones, derechos y facultades (*ex lege*, *ex contractu*) y, también, cotidianamente desaparecen. Este maestro nos explica que: "El derecho es un sistema dinámico. Ahora bien, si la creación de obligaciones, derechos y facultades, así como su cumplimiento y ejercicio acarrea necesariamente una modificación del orden jurídico, entonces, el orden jurídico sufre variaciones constantes. Es fácil suponer que las variaciones jurídicas no se producen necesariamente en un momento fijo o a intermitencias regulares; éstas se producen de forma constante. Las incesantes modificaciones del orden jurídico conducen a pensar en una variación jurídica continua. Pero si el orden jurídico supone una variación continua, entonces, el orden jurídico no es propiamente un conjunto o sistema (siempre igual a la suma de sus entidades) sino, simplemente el cuadro de las variaciones jurídicas, unitariamente consideradas.

Los ordenes jurídicos no se encuentran ni acabados ni en reposo; están en constante modificación, el orden jurídico no es sino una sucesión de ordenes jurídicos momentáneos resultado de un proceso constante de creación normativa.

Ciertamente, la descripción del orden jurídico no se agota con señalar que éste es el espacio geográfico de las variaciones

jurídicas. La explicación del derecho requiere de un entendimiento apropiado de las variaciones jurídicas.⁸⁰

Como es visto, hemos estado implementando diversos elementos que la doctrina jurídica nos obsequia para coadyuvar a robustecer la exploración del tema que estamos desarrollando; pretendemos con nuestra propuesta de adición al artículo 1561 del Código Civil para el Distrito Federal, ser acordes con la aplicación de los conceptos jurídicos básicos que dan lugar a las características que debe revestir nuestro Derecho Mexicano, como son la objetividad, la positividad, la vigencia y la eficacia. Queremos ser congruentes con la regla jurídica, que como precepto de observancia obligatoria, es una consecuencia más de la vida en común de los individuos miembros de un cierto grupo social. En Roma se afirmaba que los preceptos básicos del derecho son: "vivir honestamente, no dañar a nadie y dar a cada uno lo suyo". Establecieron la idea de que "nadie obra con dolo cuando se limita a ejercer su derecho". El derecho positivo, para ser derecho vigente, es decir, para ser realmente obedecido, exige un principio de acatamiento, de aceptación por los sujetos destinatarios de él.

Bajo este tenor, el maestro Galindo Garfias define que Derecho es el conjunto de facultades que un individuo tiene y que le permiten hacer o dejar de hacer algo frente a los demás y frente al Estado mismo. Se habla entonces de mi derecho de propiedad, mi derecho a la libertad, etc. El derecho como norma o regla de conducta supone un fin. Postula lo que debe ser. Mira a garantizar que a través de la justicia, el orden y la seguridad, cada uno pueda realizar a la vez que sus fines particulares, el bien de todos, el interés colectivo.

⁸⁰ Tamayo y Salmorán, Rolando, op. cit., pág. 101.

Por la justicia, el orden y la seguridad, se crean las condiciones que permiten que como dice Kant "el arbitrio de cada uno pueda coexistir con el arbitrio de los demás". El derecho supone juicios de valor y por tanto una jerarquía en los actos que va a reglamentar.

Cabe hacer destacar la cita que Galindo Garfias toma del maestro Recaséns Siches: "El derecho no es lo más importante ni lo más alto que hay en la vida; pero sin él el hombre no puede vivir. Porque los hombres, para poder perfeccionar y desarrollar su ser personal y las sociedades para desenvolverse progresivamente, necesitan un orden cierto, seguro y justo. Cierto, es decir, que les indique aquello a lo que puede atenerse respecto a sus relaciones con los demás. Seguro, es decir, que lleve aneja esencialmente la garantía de que ese orden será cumplido a todo trance. Y dicho orden seguro, debe ser un orden justo, pues la justicia es el valor supremo que el derecho debe realizar. Ahora bien, la justicia en una sociedad tan o no puede realizarse a través y por medio de un orden cierto y seguro. La necesidad de certeza es lo que determina el esquematismo, el carácter de norma genética que el derecho positivo tiene."⁸¹

Hemos tenido como una de las finalidades principales en el presente trabajo, la idea de sistematizar, reuniendo en forma congruente, aquel conjunto de elementos y características que lo constituyan y se ordenen en vista de la regulación metódica y unitaria de un conjunto de instituciones de derecho civil a las que los Códigos se refieran. Parte de ello es el hacer recordar que el artículo 19 del Código Civil, impone a los tribunales, al resolver las controversias judiciales, la obligación de ajustarse a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. Por lo tanto, en principio,

⁸¹ Galindo Garfias, Ignacio, op. cit., pág. 39.

el juzgador al dictar sus resoluciones se encuentra sometido a la norma de derecho y a su interpretación. Y sin embargo, una de las finalidades de la interpretación, quizá la más importante, consiste en ir adaptando paulatinamente el precepto de la ley a los nuevos fenómenos sociales que presente la vida de la comunidad, y el juzgador cuente con medios técnicos adecuados para colmar las lagunas de la ley, mediante la interpretación extensiva o restrictiva o recurriendo a la analogía, a los principios generales del derecho y a la equidad, para hallar la solución aplicable a los casos no previstos por el legislador, no obstante ello, reiteramos nuestro interés por allanar el camino tanto a legisladores, jueces, abogados e interesados con la propuesta que estamos exponiendo.

Nuestra tesis pretendemos sea parte del resultado de lo que la historia del derecho nos enseña con respecto a que frente a la regla jurídica, la mente humana ha elaborado opiniones e ideas, construcciones jurídicas que han sido expuestas en las obras de los estudiosos del derecho, cuando tratan de conocer el alcance de las normas dictadas o establecidas en la ley escrita o de la costumbre y también con la finalidad de señalar los errores en que ha incurrido el legislador al prescribir una determinada conducta, a fin de orientar nuevas soluciones para lo futuro.

El principio enunciado en el artículo 14 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es de tal naturaleza, que el juzgador está obligado a dictar sentencia definitiva conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ley aplicable, deben resolverse las controversias recurriendo a los principios generales del derecho (art. 19 del Código Civil). Como sabemos los principios generales son fuente de derecho para colmar las llamadas lagunas de la ley. A ellos debe recurrir

el juzgador únicamente en el caso de que la ley sea omisa, es decir, cuando faltando el texto aplicable no sea posible resolver la controversia mediante los métodos de interpretación. No pretendemos crear lo que ya ha sido creado por la experiencia jurídica, además que el tema que se ha venido explorando no aborda la forma de resolver controversia alguna, pero si hace ver la inexistencia de preceptos que determinen la manera específica a desarrollar para declarar formal un testamento ológrafo, lo cual, según nuestro criterio resulta también trascendente como lo es el resolver controversias.

Por otra parte, enriqueciendo y complementando el análisis de nuestra propuesta con la figura jurídica de la equidad, ésta entendida como fuente de derecho, señalada en el artículo 20, 21, 1845 y 1847 del Código Civil, en sentido amplio se traduce en moderación, medida; aquello que conviene y se adapta a algo para responder a la íntima naturaleza de ese algo. Consiste en la adaptación de la norma jurídica a los casos concretos. Tiende a aliviar, a procurar la conciliación entre el carácter abstracto y rígido de la ley y las particularidades que presenta el caso concreto, para evitar que una norma abstractamente justa pueda resultar injusta por las especiales circunstancias de hecho que en el caso concurren. Se ha dicho de la equidad que es la justicia del caso particular. Por lo que consideramos necesario ajustar a la realidad jurídica lo que en la práctica procesal en materia familiar se le exigiría al legislador: La creación de un segundo párrafo al artículo 1561 del Código Civil para el Distrito Federal, por el que se determine de manera expresa que la declaración de ser formal un testamento ológrafo deberá tramitarse en la vía de jurisdicción voluntaria.

CONCLUSIONES.

1. No existe precepto legal, lineamiento doctrinario ni de jurisprudencia, que determine fehacientemente el inicio y desarrollo de una vía determinada para realizar la declaración de ser formal el testamento ológrafo.
2. El que se trastoquen vías procesales diferentes o no, ha dependido del criterio que utilice el titular de un juzgado, así como de la forma en que se exponga por los interesados el trámite a seguir para declarar formal y posteriormente válido un testamento ológrafo.
3. El testamento ológrafo se autentifica y surte los efectos de otro testamento que ha pasado ante la fe de un notario público, a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria, en la que el juez familiar por la potestad que el orden público le confiere, supervisa que dicho testamento se encuentra revestido con los requisitos legales correspondientes.
4. La declaración de ser formal el testamento ológrafo es el acto por virtud del cual el juez de lo familiar competente procede a examinar la cubierta que contiene dicho testamento, haciendo que los testigos de identificación reconozcan sus firmas y la del testador, y en presencia del Ministerio Público, de los interesados y de los testigos realiza la apertura del sobre que contiene el testamento, comprobando que éste llena los requisitos de ley y que es el mismo que depositó el testador.
5. La declaración de ser formal el testamento ológrafo, es el resultado de la depuración de los elementos legales que intrínsecamente contiene dicho testamento, en cambio, la declaración de ser válido éste, es la confirmación extrínseca que pudiesen representar esos elementos.

6. Declarar que es formal un testamento ológrafo es hacer saber que cuenta con los elementos necesarios que prevé la ley para su constitución, mientras que declarar su validez es hacer saber que además de contar con estos elementos, también cuenta con la ratificación y el apoyo legal para continuar el trámite de un juicio sucesorio testamentario.
7. La declaración de ser formal el testamento ológrafo es la base para que dicho testamento sea un instrumento adecuado por el que se denuncie el consecuente juicio sucesorio testamentario, mientras que la declaración de ser válido este testamento, procesalmente tiene lugar una vez realizada la respectiva declaración de ser formal.
8. La declaración de validez no es exclusiva del testamento ológrafo, en cambio, la peculiaridad de ser declarado formal por el órgano jurisdiccional es aplicable al testamento ológrafo y a los testamentos que el Código Civil para el Distrito Federal clasifica como especiales.
9. La doctrina encuentra en el principio de economía procesal la propuesta que busca la sincronía en la realidad jurídica por que sean desarrollados los diversos procedimientos ante la instancia correspondiente de una manera en que resulten con un mínimo desgaste tanto los interesados, como el mismo órgano jurisdiccional al que acuden, para obtener determinada declaración o sentencia, por lo tanto, la creación del precepto legal que especifique el procedimiento para la declaración de ser formal un testamento ológrafo, consecuentemente aplicaría el principio de economía procesal.
10. Expresando en un artículo sustantivo la vía procesal por la que se lleve a cabo la declaración de ser formal el

testamento ológrafo, remitiendo específicamente al Código Adjetivo, dará lugar a interpretaciones que resulten menos onerosas, una vez aplicadas en la evolución del procedimiento.

11. Existe la posibilidad que la declaración de ser formal el testamento ológrafo a través de la vía de jurisdicción voluntaria, pueda representar no necesariamente un acto preliminar para continuar un juicio sucesorio testamentario.
12. No transgrede la vía de jurisdicción voluntaria para declarar formal un testamento ológrafo en ningún aspecto a la vía especial por la que se tramita un juicio sucesorio testamentario, conocida como vía testamentaria, sino al contrario, se complementan para un mejor desempeño económico procesal.
13. El plasmar en la realidad procesal la adición al artículo 1561 del Código Civil para el Distrito Federal, traería como consecuencia ahorro de recursos tanto de carácter monetario como de tiempo para el Juzgador y para el promovente, indicándose la forma correcta en que debe iniciarse un juicio sucesorio testamentario que tenga como base un testamento ológrafo.
14. La legitimidad y gobernabilidad del Estado se verán fortalecidas con la propuesta que defendemos, pues de verse reflejada en la ley, resolverá problemas a los ciudadanos del Distrito Federal que pretendan hacer valer sus derechos instituidos por el testador en un testamento ológrafo.
15. Como conclusión final y por la información esgrimida hasta este punto, podemos expresar satisfactoriamente que se probó la Hipótesis de Trabajo.

BIBLIOGRAFÍA.

- .- ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto.- Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972), Tomo I, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1974.
- .- ARAUJO VALDIVIA, Luis.- Derecho de las Cosas y de las Sucesiones, Segunda Edición, Editorial Cajica, S.A., Puebla, Puebla, México, 1972.
- .- ARAZI, Roland.- Elementos de Derecho Procesal, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L., Buenos Aires, 1988.
- .- ARCE Y CERVANTES, José.- De las Sucesiones, Primera Edición, Editorial Porrúa, México, 1983.
- .- ARELLANO GARCIA, Carlos.- Derecho Procesal Civil, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 1997.
- .- ARELLANO GARCÍA, Carlos.- Teoría General del Proceso, Décima Edición, Editorial Porrúa, México, 2001.
- .- BAQUEIRO ROJAS, Edgard.- Derecho de Familia y Sucesiones, Primera Edición, Editorial Harla, México, 1990.
- .- BECERRA BAUTISTA, José.- El Proceso Civil en México, Octava Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1980.
- .- CALAMANDREI, Piero.- Instituciones de Derecho Procesal Civil, Volumen I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962.
- .- CARLI, Carlo.- Derecho Procesal, Editorial Abeledo-Perrot, Primera Edición, Buenos Aires, 1962.
- .- CONTRERAS VACA, Francisco José.- Derecho Procesal Civil, Volumen 1, Biblioteca de Derecho Procesal Civil, Universidad Nacional Autónoma de México, Primera Edición, Editorial Oxford University Press México, S.A. de C.V., México, 1999.

- CHIOVENDA, Giuseppe.- Instituciones de Derecho Procesal Civil, Volumen II, Las Relaciones Procesales, La Jurisdicción y los Sujetos del Proceso, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.
- DORANTES TAMAYO, Luis.- Elementos de Teoría General del Proceso, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1993.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio.- Derecho Civil, Primer Curso, Parte General, Personas, Familias, Vigésima Edición, Editorial Porrúa, México, 2000.
- GÓMEZ LARA, Cipriano.- Derecho Procesal Civil, Primera Reimpresión, Editorial Trillas, México, 1990.
- GONZÁLEZ POVEDA, Bienvenido.- La Jurisdicción Voluntaria, Doctrina y Formularios, Tercera Edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1997.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto.- Derecho Sucesorio (Inter Vivos y Mortis Causa), Cuarta Edición Corregida y Aumentada, Editorial Porrúa, México, 2002.
- IBARROLA, Antonio De.- Cosas y Sucesiones, Quinta Reimpresión, Editorial Porrúa, México, 2001.
- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario.- Instituciones de Derecho Civil, Tomo V, Derecho Sucesorio, Primera Edición, Editorial Porrúa, México, 1990.
- ODERIGO, Mario A.- Lecciones de Derecho Procesal, Tomo I, Parte General, Séptima Reimpresión 1985, Reimpresión Inalterada, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989.
- ODERIGO, Mario A.- Lecciones de Derecho Procesal, Tomo II, Parte Especial, Séptima Reimpresión 1985, Reimpresión Inalterada, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989.

- .- PINA, Rafael De.- Elementos de Derecho Civil Mexicano, Bienes, Sucesiones, Vol. II, Decimosexta Edición, Editorial Porrúa, México, 2000.
- .- PINA, Rafael De y José Castillo Larrañaga.- Instituciones de Derecho Procesal Civil, Vigésima Sexta Edición revisada y aumentada por Rafael De Pina Vara, Editorial Porrúa, México, 2002.
- .- PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo.- Derecho Concursal, Procedimientos Sucesorios, Jurisdicción Voluntaria, Medidas Cautelares, Segunda Edición, Editorial Tecnos, S. A., Madrid España, 1986.
- .- ROJINA VILLEGAS, Rafael.- Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones, Trigésimosegunda Edición, Editorial Porrúa, México, 2000.
- .- ROJINA VILLEGAS, Rafael.- Derecho Civil Mexicano, Tomo IV, Sucesiones, Novena Edición, Editorial Porrúa, México, 2000.
- .- SOTO PEREZ, Ricardo.- Nociones de Derecho Positivo Mexicano, Trigésima Edición, Editorial Esfinge, S.A. de C.V., Naucalpan, Estado de México, 2002.
- .- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando.- Elementos para una Teoría General del Derecho, (Introducción al Estudio de la Ciencia Jurídica). Primera Edición, Editorial Themis, México, 1992.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

- .- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Colección Jurídica Esfinge, Vigésima Quinta Edición, Editorial Esfinge, S.A. DE C.V., Naucalpan, Estado de México, 2004.
- . - ACOSTA ROMERO, Miguel, Laura Alejandra Martínez Arroyo, María Eugenia Muñoz Islas, José Antonio Almazán Alaníz.-

Código Civil para el Distrito Federal Comentado, Volumen III, Segunda Edición Actualizada, Editorial Porrúa, México, 2002.

.- Código Civil para el Distrito Federal, Primera Edición, Grupo Editorial GMG, México, 2004.

.- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Primera Edición, Grupo Editorial GMG, México, 2004.

.- Ley del Notariado del Distrito Federal, Primera Edición, Grupo Editorial GMG, México, 2004.

OTRAS FUENTES

DICCIONARIOS.

.- ABBAGNANO, Nicola.- Diccionario de Filosofía, Traducción de Alfredo N. Galletti, Octava Reimpresión, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1991.

.- OBREGÓN HEREDIA, Jorge.- Diccionario de Derecho Positivo Mexicano, Primera Edición, Editorial Obregón y Heredia, S.A., México, 1982.

.- PALLARES, Eduardo.- Diccionario de Derecho Procesal Civil, Vigésima Quinta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1999.

.- Diccionario Jurídico Mexicano, Cuatro Tomos, Sexta Edición, Editorial Porrúa, México, 1993.

.- Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Dos Tomos, Vigésima Primera Edición, Editorial Espasa Calpe, S.A., Madrid, 1992.

REVISTA JURIDICA.

.- El Registro Público de la Propiedad en la Legislación Mexicana, (Primer Ciclo de Conferencias, Dirección General del Registro de la Propiedad, de Comercio y del Plan Director para

el Desarrollo Urbano del Distrito Federal), El Registro Público de la Propiedad y los Actos de Jurisdicción Voluntaria, Revista Jurídica, 1978, Colaboración del Dr. Humberto Briseño Sierra.

TEXTOS EN CD ROM.

- .- CD ROM DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, Jurisprudencia y Tesis Aisladas. 1917-2000.
- .- CD ROM DICCIONARIO JURIDICO 2002, Diseñado para Microsoft Windows 98, Un Producto de Desarrollo Jurídico Profesional.
- .- CD ROM ENCICLOPEDIA ENCARTA 2000.