

FALLA DE ORIGEN

386



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MEXICO

207

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ACATLAN

DE LA VOLUNTAD REAL Y LA DECLARADA AL
INSTITUIRSE A UN INCAPAZ COMO HEREDERO

T E S I S

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



ACATLAN, EDO DE MEX.

1995.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MIS PADRES:

FOR SU CONFIANZA Y APOYO INCONDICIONAL

AL LICENCIADO JOSE RUIZ CASTAÑEDA:
POR HABER HECHO POSIBLE LA REALIZACION
DE ESTE TRABAJO.

| | |
|--------------------|---|
| Introducción | 1 |
|--------------------|---|

Capítulo I. De la importancia de la voluntad en el derecho privado

| | |
|--|----|
| 1.1. Antecedentes | 2 |
| 1.2. Concepto de voluntad | 3 |
| 1.3. Creación de la voluntad jurídica | 4 |
| 1.4. La autonomía de la voluntad | 6 |
| 1.5. La declaración de la voluntad | 7 |
| 1.6. Interpretación de la voluntad | 9 |
| 1.6.1. Teoría de la voluntad declarada | 11 |
| 1.6.2. Teoría de la voluntad real | 12 |
| 1.6.3. Teoría que adopta el código civil | 13 |
| 1.7. Vicios de la voluntad | 13 |
| 1.7.1. El error | 15 |
| 1.7.1.1. Teorías sobre el error | 17 |
| 1.7.2. El dolo | 18 |
| 1.7.3. La violencia | 20 |
| 1.7.4. La lesión | 21 |

Capítulo II. De la relación entre voluntad y el testamento

| | |
|--|----|
| 2.1. El testamento | 22 |
| 2.1.1. Antecedentes | 22 |
| 2.1.2. Concepto | 25 |
| 2.2. El testamento como acto jurídico unilateral | 25 |
| 2.2.1. Hecho jurídico <i>latu sensu</i> | 26 |
| 2.2.2. Acto jurídico | 27 |
| 2.2.2.1. Subclasificación de los actos jurídicos | 29 |
| 2.2.3. Razón por la cual el acto jurídico produce consecuencias de derecho | 31 |
| 2.3. Del acto personalísimo, revocable y libre de testar | 32 |
| 2.3.1. Personalísimo | 32 |
| 2.3.2. revocabilidad | 33 |
| 2.3.3. Libertad de testar | 34 |
| 2.4. Debe ser ejecutado por persona capaz | 34 |
| 2.5. El objeto del testamento | 35 |
| 2.6. De la inexistencia y nulidad del acto jurídico | 35 |
| 2.6.1. Tesis clásica | 36 |
| 2.6.2. Tesis de Japiot | 37 |
| 2.6.3. Tesis de Piedelievre | 39 |
| 2.6.4. Tesis de Bonnecase | 40 |
| 2.6.4.1. Concepto de inexistencia de Bonnecase | 40 |
| 2.6.4.2. Características de la inexistencia | 41 |
| 2.6.4.3. Concepto de nulidad | 41 |
| 2.6.4.4. Características | 41 |
| 2.6.4.5. Características de la nulidad absoluta | 42 |
| 2.6.4.6. Características de la nulidad relativa | 43 |

| | |
|--|----|
| 2.7. Causas de nulidad en el testamento | 43 |
| 2.7.1. Objeto, motivo, fin ilícito | 43 |
| 2.7.2. Por incapacidad | 44 |
| 2.7.2.1. Tesis de la nulidad relativa | 44 |
| 2.7.2.2. Tesis de la nulidad absoluta | 45 |
| 2.7.3. Los vicios de la voluntad testamentaria | 47 |

Capítulo III. Del cumplimiento parcial de la voluntad del testador

| | |
|---|----|
| 3.1. Institución de heredero | 51 |
| 3.2. Clasificación de las condiciones | 53 |
| 3.2.1. Efectos de las condiciones | 56 |
| 3.2.2. Condiciones nulas | 57 |
| 3.3. Institución con cargas | 59 |
| 3.4. Del término en la institución de heredero | 60 |
| 3.5. Substitución de heredero como acto de voluntad | 63 |
| 3.5.1. Substitución directa | 64 |
| 3.5.1.1. Substitución vulgar | 64 |
| 3.5.1.2. Substitución recíproca | 67 |
| 3.5.1.3. Substitución pupilar | 67 |
| 3.5.1.4. Substitución ejemplar | 68 |
| 3.5.2. Substitución indirecta | 69 |
| 3.5.2.1. Substitución fideicomisaria u oblicua | 69 |
| 3.6. Las substituciones prohibidas, como institución sujeta a término | 70 |
| 3.7. Reglas para interpretar la voluntad testamentaria | 71 |

Capítulo IV. El derecho real de usufructo y la voluntad Testamentaria

| | |
|--|----|
| 4.1. El derecho real de usufructo | 75 |
| 4.2. La propiedad | 77 |
| 4.3. El usufructo | 79 |
| 4.3.1. Características del usufructo | 80 |
| 4.3.2. Constitución del usufructo | 82 |
| 4.3.3. Formas que puede asumir | 83 |
| 4.3.4. Derechos y deberes del usufructuario | 84 |
| 4.3.5. Extinción del usufructo | 85 |
| 4.4. Substituciones que no se consideran fideicomisarias y su Relación con el usufructo | 86 |
| Conclusiones | 94 |
| Bibliografía | 96 |

INTRODUCCION

En el derecho privado, la voluntad del sujeto es trascendental, dado que con ella se crean las situaciones jurídicas más importantes, considerandola como la suprema ley sin la cual los actos jurídicos no podrían existir.

Así, la voluntad es un elemento de existencia del acto jurídico, pero la voluntad no es absoluta, puesto que, existen en nuestro Código Civil vigente, limitaciones establecidas expresamente.

En materia testamentaria, las substituciones, pupilar, ejemplar y fideicomisarias; son ejemplos de restricción a la voluntad del testador, ya que la ley las prohíbe, considerandolas como no puestas, dejando valida la institución de heredero.

En el supuesto que el testador, por desconocimiento de la norma, establezca una substitución de las consideradas prohibidas, de acuerdo con la solución que da el legislador, al considerarla como no puesta y valida la institución de heredero, esto modifica substancialmente la voluntad del autor de la sucesión, puesto que, atendiendo a la interpretación de esa voluntad, lo que pretendió fue el beneficiar con la transmisión de su patrimonio, tanto al heredero como al substituto.

Existe un caso en que el interpretarse la voluntad del testador, el legislador debe de adecuar esa voluntad, a una forma permitida por el derecho, para darle su mayor alcance y así aproximarla a la verdadera intención del de cujus.

Este caso se presenta cuando se establezca una substitución ejemplar, en que el instituido como heredero sea un incapaz, y se tenga la certeza de que nunca saldrá del estado de interdicción.

La forma para evitar la extensión de la personalidad del testador, razón por la cual se encuentra prohibida la sustitución, es considerar al heredero como usufructuario y al substituto como nudo propietario, creandose con esto dos derechos reales diferentes, que se les adjudicaria al momento de la muerte del autor de la herencia. Esta interpretación, beneficia tanto al heredero como al substituto, que es lo que realmente quiso el de cujus.

CAPITULO I

LA IMPORTANCIA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO PRIVADO

1 ANTECEDENTES

Los romanos no fueron nunca aficionados a la construcción de grandes y rigurosos sistemas teóricos en el Derecho. En el caso de la voluntad, poca o ninguna atención prestaron a la formulación de un esquema doctrinal que aglutinara los diversos casos en que este fenómeno hacía su aparición.

La voluntad se identificaba incluso con otros vocablos como: affectus, animus y consensus, así aunque con poca formalidad, en el derecho romano no hicieron ningún estudio profundo, sin embargo la voluntad de los sujetos se hacía presente en diversos actos, de gran importancia.

El affectus se manifestaba en dos formas: la affectus maritis y la affectus societatis; la primera se presentaba en el matrimonio romano "iustae nuptiae o iustum matrimonium", este affectus, era de carácter subjetivo, que consistía en la intención de los contrayentes de considerarse recíprocamente como marido y mujer, esta intención se exteriorizaba por el honor matrimonial, esto es, el acto que los esposos se dispensan en público.

La affectus societatis, es un elemento del contrato de sociedad, el cual era un contrato consensual que se perfeccionaba por el simple acuerdo de las partes que intervenían en él, así ese consentimiento debía manifestarse expresamente, y por consiguiente esa declaración de la voluntad obligaba recíprocamente a aportar bienes o trabajo, para alcanzar un fin lícito de utilidad común.

Por su parte el animus se presentaba en dos formas: el animus possidendi y el animus donandi. El primero es un elemento de la posesión, es de carácter subjetivo y consiste en la

intención o voluntad del sujeto de poseer la cosa, reteniéndola para sí, con exclusión de los demás.

El *animus donandi* se presentaba como un elemento de la donación, entendiéndose ésta como todo acto de liberalidad, por el cual una persona, el donante, se empobrecía voluntariamente en favor de otra, el donatario; así el donante obraba con ese *animus donandi*, es decir, que tuviera realmente la intención de realizar un acto de libertad en la disposición de sus bienes.

Por último el *consensus*, éste se manifestaba en la *locatio venditio*, *societas* y *mandato*, estos eran contratos bilaterales de buena fe y se agrupan en los *intuitu rei* y los *intuitu personae*.

En estos contratos existe un acuerdo de voluntades y esto debe recaer sobre un objeto, ejemplo: en la compraventa (*emptio venditio*); la cosa vendida y el precio pagados por ella, al igual que en los otros contratos, existen dos elementos: uno de carácter objetivo y otro subjetivo, que se encuentran íntimamente interrelacionados entre sí, donde para la existencia de uno se requiere la existencia del otro, para producir vínculos jurídicos.

Respecto al *consensus* los romanos hicieron un estudio más serio y profundo, relativamente, ya que debido a su utilidad práctica en la integración y perfeccionamiento de ciertos contratos. Por lo anterior los romanos aunque no en forma expresa daban y reconocían los efectos jurídicos que se derivaban de la voluntad del o de las partes que intervenían en un acto, "El simple consentimiento - sin necesidad de ser acompañado de alguna otra formalidad - bastaba para lograr el surgimiento de vínculos jurídicos".¹

Salvo esta particularidad estrictamente reiterada al *consensus*, los romanos no se preocuparon en absoluto del estudio de repercusiones de la voluntad en el campo del derecho.

2. CONCEPTO DE VOLUNTAD

La palabra voluntad proviene del latín *voluntas*; este concepto tiene múltiples acepciones y en general se entiende como "la potencia del alma, es decir, a lo que mueve o no a hacer una

¹ Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 3ª ed. Ed. Porrúa, pag. 3256.

cosa, al libre albedrío o determinación; a la intención; el ánimo a la resolución de hacer alguna cosa; a la elección hecha por el propio dictamen o gusto². Este concepto se refiere a una voluntad psicológica, siendo de poca importancia para el derecho, hasta que no se exteriorice; así esta voluntad es tomada en cuenta por el derecho, atribuyéndole al sujeto que externo esa voluntad los efectos jurídicos que se produzcan.

Pero no basta la simple exteriorización, sino además que el derecho reconozca y contemple en que casos la voluntad crea situaciones jurídicas, " sólo algunas acciones humanas particulares - a varias de las cuales se les designa negativamente como omisiones - son las que hallan entrada en la ley jurídica como condiciones o consecuencias³, por lo cual la voluntad que nos interesa, no es una voluntad generalizada, sino una voluntad jurídica, siendo el concepto de ésta " ... la intención, de alguna manera exteriorizada, de un sujeto que intenta la consecución de determinados efectos jurídicos"⁴.

Este concepto expresa la intención del sujeto de contraer o no un determinado vínculo jurídico frente a otra u otras personas, vínculo que, por tanto provoca la aparición de efectos y consecuencias de derecho, de las cuales el emisor es conocedor, aceptando esos efectos jurídicos.

3. CREACION DE LA VOLUNTAD JURIDICA

Como ya se dijo anteriormente la voluntad jurídica es la única a la cual el derecho reconoce efectos jurídicos, Esta voluntad crea legalmente obligaciones y derechos, produciendo los efectos jurídicos deseados por el emisor o las partes que intervienen en el acto.

La voluntad jurídica para que afecte al mundo jurídico y cree situaciones de derecho deberá ser expresada por persona capaz y no encontrarse viciada, siendo estos elementos fundamentales de la voluntad jurídica, y por el momento sólo nos ocuparemos del primero, dejando al segundo para un estudio posterior.

² Idem.

³ KELSEN Hans, Teoría General del Estado, pag. 82.

⁴ Diccionario Jurídico Mexicano, op cit. pag. 3256.

Como ya se dijo, para que la voluntad se considere jurídica, deben de concurrir los elementos esenciales, para que la creación del acto produzca consecuencias de derecho, la voluntad del sujeto que la emite debe de reunir ciertos requisitos: I. Que exista una voluntad psicológica; II. que la ley no le niegue a esa voluntad el efecto de poder obligar, y III. que la misma sea seria.

I.- La voluntad psicológica es la capacidad de discernir, el querer la realización de algo. Esta intención es el principio y elemento fundamental, " la voluntad de los particulares es un elemento esencial del acto jurídico, sin el cual no puede ser concebido"⁵, aunque como ya se mencionó debe ser exteriorizada, porque no basta que la persona tenga el deseo de producir determinados efectos, si tan solo existe en el mundo de las ideas, ya que de esta forma no obliga al sujeto, por que para el derecho simplemente no existe, de lo cual se desprende que esa voluntad debe de manifestarse y que el derecho la considere como creadora de derechos y obligaciones.

II.- Que la ley no le niegue a esa voluntad el efecto de poder obligar. Para que esa voluntad sea capaz de crear situaciones jurídicas debe estar permitida por la ley, es decir, que la persona que emita esa voluntad debe tener la edad suficiente para poder obligarse, de acuerdo a lo que establece el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 24, que a la letra dice " El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley", y que comienza a los dieciocho años cumplidos, de acuerdo con el artículo 648 del ya citado Código, y como caso de excepción, a los dieciséis años para la elaboración del testamento según el artículo 1306, fracción I; es decir, que el sujeto tenga la capacidad de ejercicio, que es definida como " la aptitud que una persona tiene de ejercitar los derechos cuyo disfrute le corresponde"⁶.

III.- Que la manifestación de la voluntad sea seria. Respecto a lo anterior el Dr. Raúl Ortiz-Urquidí cita un ejemplo de Marty, el cual es ilustrativo de que no toda manifestación de voluntad puede ser tomada en cuenta por el derecho para crear efectos jurídicos; "Daría cien mil

⁵ ALBALADEJO, Manuel, El Negocio Jurídico, citado por GALINDO Garfías Ignacio, Derecho Civil, Primer Curso, 10ª ed. Ed Porrúa, pag. 226.

⁶ Ibídem pag. 388.

francos a quien me demuestre lo contrario de lo que he dicho", este ejemplo muestra la poca seriedad de esa manifestación de voluntad, porque esta no obliga realmente a su autor, aunque en un principio pareciera que sí, ya que el que demuestre lo contrario a quien ofreció los cien mil francos; si se demuestra que no ofreció los cien mil francos, el manifestante de esa voluntad no estaría por consiguiente obligado, ya que no lo hizo, según fue demostrado; y si no se demuestra, el emisor de la voluntad tampoco estaría obligado por no haberse cumplido con la condición.

Así tenemos que se debe de tener la intención seria de obligarse, para que el derecho considere y regule los efectos que se produzcan con la exteriorización de la voluntad del sujeto, para poder así tener la seguridad de que los efectos que se produzcan sean cumplidos.

4. LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

En el derecho privado la autonomía de la voluntad, es inherente a la persona humana para alcanzar sus propios fines; es la expresión, de la libertad, conforme a la cual toda persona es libre para obligarse, pero esta autonomía privada no significa que sea absoluta ya que existen ciertos límites que establecen el orden público y las buenas costumbres, debiendo celebrarse de conformidad con los requisitos que la ley establece.

La autonomía de la voluntad tiende más a identificarse con el negocio jurídico, pero para el efecto del presente estudio lo relacionaremos con el acto jurídico, señalando las diferencias en un estudio posterior. Por lo pronto diremos que el derecho privado garantiza a los individuos una esfera de libertades, para que estos regulen sus propios intereses en sus relaciones con terceros; " se ha acostumbrado expresar este principio en materia contractual, diciendo que la voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos"⁷.

Pero como se había mencionado, esta voluntad no es absoluta, ya que el orden público es una limitación al deseo de los particulares, como textualmente lo dice el artículo 6 del Código Civil " La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Solo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés

⁷ ORTIZ, Urquidí Raúl, Derecho Civil, Parte General, 3ª ed. Ed. Porrúa, pag. 275.

público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros". Es decir los particulares tienen la facultad en materia contractual de establecer sus propias reglas y condiciones a las cuales se van a someter, siempre y cuando no se afecte el interés público.

El dogma autonomía de la voluntad, como lo llama Ramón Sánchez Medal, surgió durante el auge del individualismo y del liberalismo económico del siglo pasado. La autonomía de la voluntad se reducía fundamentalmente a sostener; primero, que salvo muy raras excepciones todas las obligaciones contractuales, nacían de la soberana voluntad de dos partes libres e iguales y, segundo que eran justas esas obligaciones creadas por la voluntad.

Esta idea de la voluntad absoluta y soberana correspondió a una época en la cual comenzaba a desarrollarse la industria, donde no existía una regulación a los problemas que fueron surgiendo, teniéndose necesidad de solucionarlos a través de la práctica.

Pero los abusos que se hicieron de esta libertad contractual, el Estado tuvo que intervenir y establecer límites a esta libertad contractual, para salvaguardar el interés público, así el Estado creó reglas, a las cuales se tenían que sujetar los particulares para poder celebrar contratos, que no atentaran contra el interés de la colectividad, y no alteraran el orden público.

Estos cambios no llegaron al extremo de hacer desaparecer la libertad contractual, sino que constituyeron sólo limitaciones a la misma y fueron las causas que originaron el llamado dirigismo contractual " que tiende a hacer prevalecer los requerimientos de la sociedad sobre los intereses puramente individuales..."⁹.

El artículo 6 del Código actual acepta la autonomía de la voluntad siempre y cuando no se contravenga el interés público, y como se dijo anteriormente, esta teoría se identifica con el negocio jurídico, pero el Código, sólo hace mención a la voluntad de los particulares, por lo tanto también podrá aplicarse supletoriamente a los actos jurídicos tanto bilaterales como unilaterales.

⁹ SÁNCHEZ, Medal Ramón, De los Contratos Civiles, 12ª ed. Ed. Porrúa, pag. 6.

5. LA DECLARACION DE LA VOLUNTAD

La declaración de la voluntad es la manifestación en el mundo del derecho de la intención del sujeto, para el conocimiento más o menos exacto y preciso del querer o deseo del emisor de esa voluntad. La declaración permite que a través de ella se conozca con certeza la voluntad del individuo; y para que se tenga la certeza de esa declaración de dicha voluntad se deriva de la claridad con que se haya expresado.

La forma en que se expresa la voluntad es a través de los medios idóneos y reconocidos por el derecho, para que puedan crear los efectos jurídicos queridos por el autor del acto, así " la producción de los efectos jurídicos se debe a la voluntad, en cuanto esa voluntad ha sido declarada"⁹.

La exteriorización de la voluntad puede ser, de acuerdo con el artículo 1803 del multicitado Código, que a la letra dice " El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que la ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente".

El Código acepta dos formas de exteriorización, la expresa y la tácita, pero como se verá mas adelante, para el caso que nos ocupa sólo nos es de interés la expresa. De esta exteriorización, en sus dos formas, puede conocerse más o menos en forma clara lo que el sujeto efectivamente quiso decir y cuales efectos jurídicos quiere producir y obligarse a cumplirlos.

La expresión de la voluntad puede ser positiva (consentimiento) o negativa (desistimiento). La primera esta formado por una proposición que una persona hace, sea a otra persona o en forma unilateral, para la creación de efectos y consecuencias jurídicas. El desistimiento expresa la disconformidad al pacto que ya se habrá celebrado, con el propósito de lograr la cesación de sus efectos; también expresa la renuncia a efectuarlo desde un principio, es decir, que no se quiere la creación de esos efectos.

⁹ GALINDO, Garfias. op. cit. pag. 277.

Así lo que jurídicamente se denomina voluntad, consta de dos momentos: a) la voluntad de querer realizar determinado negocio, y b) la voluntad de declarar, lo que el sujeto quiere por medio de una conducta externa, es decir, para que la voluntad produzca efectos jurídicos necesariamente debe ser declarada, ya que no basta el solo hecho de querer realizar determinado acto, sino manifestarlo a través de medios idóneos y que estos sean contemplados dentro del ordenamiento jurídico vigente; de lo contrario esa voluntad psicológica no crea efectos en el mundo del derecho, "en esa secuencia, encontramos la voluntad íntimamente unidas y concordes"¹⁰.

La declaración puede ser: recepticia o no recepticia; expresa o tácita y, directa o indirecta.

- La declaración es recepticia, cuando está dirigida hacia una persona o varias personas determinadas.

- La declaración es no recepticia, cuando simplemente se emite, sin que esté dirigida a nadie en particular, por ejemplo la declaración que contiene el testamento y su revocación.

- La declaración expresa, cuando se emplean medios o signos que por su naturaleza están destinados directamente a exteriorizar la voluntad (la palabra, la escritura, etc.).

- Es tácita, ésta consiste en un determinado comportamiento o actitud que en forma racional, permite concluir con certeza, cuál es el contenido de la voluntad del sujeto, a través de dicho comportamiento, se advierte sin lugar a dudas que quien lo realiza, manifiesta con su conducta el contenido de su voluntad (v.g. ocupación de un bien, abandono de una cosa, etc.).

Es directa cuando la voluntad puede ser conocida en forma inmediata por el solo hecho de la declaración.

- Es indirecta, cuando la declaración se hace a través de un representante.

¹⁰ Ídem.

Pero en ocasiones el sujeto no tiene la aptitud para poder expresar correctamente su voluntad, prestándose a confusión, y esta voluntad manifestada en la forma que establece la ley tiene que producir los efectos deseados por el que la emite, ya que el derecho no puede desconocer la voluntad de quererse obligar, aunque sea expresada en forma incorrecta, por tal motivo la misma legislación contempla esta situación y da reglas para interpretar a la voluntad, tanto para actos bilaterales como unilaterales.

6. INTERPRETACION DE LA VOLUNTAD

La declaración de la voluntad puede ser erróneamente manifestada; debido a que no se cuenta con los conocimientos necesarios, y el derecho en esta circunstancia podrá darle un significado diferente a la verdadera intención del emisor de esa voluntad.

Aunque en la voluntad psicológica, se tenga el deseo de crear situaciones jurídicas, al momento de expresar esa voluntad, se manifiesta en forma contraria a su intención o manifiesta situaciones prohibidas y, al momento de producirse los efectos jurídicos estos resultan totalmente diferentes a lo que esperaban crear y querían obligarse, y para prevenir o sanear este problema el mismo derecho establece la posibilidad de interpretar la voluntad de los emisores de la misma.

La interpretación tiene como fin determinar el contenido y alcance de una voluntad que es ambigua y oscura, la hermenéutica es el arte de interpretar los textos para fijar su verdadero sentido, a través de un estudio profundo del mismo y poder establecer su alcance.

Cuando la voluntad emitida en el acto es oscura, hay que estudiar el conjunto de circunstancias en la cuales se concibió el negocio jurídico, para averiguar el sentido y alcance de esa voluntad, Emilio Betti dice al respecto " El derecho, al reconocer la autonomía privada, acoge, aclara y precisa la concepción un tanto aproximativa de la conciencia social y al unir al negocio efectos jurídicos congruentes con su típica función económica - social, y por tanto, al normar la intención práctica de las partes, establece una correlación entre ellas, y aquellas circunstancias extrínsecas al negocio que en contraposición a los elementos constitutivos, se clasifican de

presupuestos de validez, referentes unos a los sujetos (capacidad y legitimación) otros al objeto¹¹.

Así debemos de entender una interpretación integral, en el sentido de que debe estarse a lo que se encuentre contenido en un acto, sin olvidar las circunstancias exteriores y las personales que dieron origen al surgimiento de un acto.

El juzgador no debe limitarse ante la expresión contenida en un acto al tomar cuenta de él y registrarlo, tal como la o las partes lo han fijado, es decir, que se este a lo literalmente expresado; sino debe recogerlo, y cuando exista duda de la verdadera intención del emisor de esa voluntad debe aclararla, integrarla e incluso corregirla.

Así se desprende que la intención es más importante que las palabras, ya que las palabras pueden ser contrarias a la verdadera intención del autor del acto, por lo tanto el juzgador debe tener presente que la intención es mucho más importante y no lo que aparezca manifestado, porque puede ser que no fue expresada correctamente esa voluntad y como dice el Padre Suárez " ... no debe de servir la intención a las palabras, sino las palabras a la intención. Cuando la propiedad de las palabras indujere a injusticia o a otro absurdo parecido acerca de la mente del legislador, se han de llevar las palabras a un sentido aun impropio, en el cual la ley sea justa y razonable¹².

Cuando las palabras sean contrarias a la verdadera intención del emisor de ésta, debe el juzgador interpretar para desentrañar la voluntad del sujeto emisor, para poder determinar el sentido y a lo que quiso obligarse.

Toda comprensión profunda de la auténtica voluntad del emisor, pone de manifiesto cual fue su intención real, y de los efectos jurídicos deseados, para que de la interpretación sea eficaz, debe basarse desde el mismo origen del acto, tomando las circunstancias personales, para poder así penetrar y determinar el fin perseguido por el sujeto que emitió su voluntad, y para este objeto se han dado diversas teorías:

¹¹ BETTI, Emilio, citado por GALINDO Garfías op. cit. pag. 226.

¹² SUAREZ, Francisco, citado por IBARROLA, Antonio de, Cosas y Sucesiones, 4ª ed. Ed

6.1 TEORÍA DE LA VOLUNTAD DECLARADA.

La teoría de la voluntad declarada u objetiva, sostiene que el alcance de la o las voluntades en un acto, se debe atender en forma exclusiva a lo literalmente dicho, sin importar la verdadera intención del o los sujetos que intervinieron en dicho acto.

Esta teoría hace responsables a los emisores de una voluntad de no tener la aptitud de exteriorizar correctamente su pensamiento, y por ello se debe de estar, para hacer su interpretación, a lo que aparece literalmente, y no a lo que pudieran haber pensado la o las partes que intervinieron en el acto.

Esta teoría invoca la seguridad respecto a los terceros, a fin de que exista certeza en la realización de transacciones, y todo el mundo sepa a que consecuencias jurídicas atenerse, al entrar en relaciones con aquel que finca sus derechos en el tenor literal de un documento, contrato o testamento.

Si bien es cierto que se debe tener una seguridad de que se respete lo que aparezca literalmente en un documento, contrato o testamento, pero cierto es también que de la integración de lo que se haya dicho resultará que la verdadera intención es otra y no la que apareciera haber expresado el sujeto; esta teoría presupone una amplia experiencia por parte de los que realizan un acto, sin tomar en cuenta las características personales de aquel o aquellos que emiten su voluntad.

Si se tomará literalmente lo expresado en un documento, siendo que la verdadera intención es otra y no la dicha, deja a los que intervinieron en el acto en una situación contraria a lo que quisieron obligarse.

6.2 TEORÍA DE LA VOLUNTAD REAL.

Se le conoce también a esta tesis con el nombre de teoría de la autonomía de la voluntad. Para esta teoría la voluntad de las partes es la base fundamental para la creación de derechos y obligaciones, y tiene que atenderse a ésta para interpretar el acto jurídico, "deberá implicar

necesariamente una labor psicológica, una labor de desentrañar lo que la persona quiso decir, lo que real y verdaderamente pensó y no lo que aparezca que dijo con palabras¹³.

Las personas no siempre se saben expresar correctamente y no dicen lo que en verdad se quiso decir, lo que piensa, dando una exteriorización de su voluntad distorsionada o contraria de lo que realmente desean manifestar, y para ello se debe tratar de desentrañar la voluntad, como un aspecto interno del pensamiento del emisor de esa voluntad.

Así el juez debe investigar a través de las palabras empleadas y de las características personales del sujeto, la verdadera intención del manifestante de la voluntad, para poder establecer los alcances y efectos jurídicos que se produzcan con la declaración de voluntad, para adecuarla o modificarla, según resulte de la interpretación que se haga de dicho acto.

6.3 TEORIA QUE ADOPTA EL CODIGO CIVIL

La teoría que adopta el código civil vigente es la teoría de la voluntad real, tanto para los actos jurídicos bilaterales y para los actos unilaterales, como lo establece en su artículo 1851 para los actos bilaterales " Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratados, se estará al sentido literal de sus cláusulas.

Si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquellas".

En este artículo se aprecia que la intención es más importante que las propias palabras, así cuando exista una duda en alguna cláusula del contrato debe integrarse el conjunto de cláusulas, adecuando el sentido de la idea general, a la cláusula dudosa, de acuerdo con el artículo 1854 del mismo Código.

En los actos unilaterales, en este caso el testamento, se debe estar a lo que el testador real y verdaderamente quiso decir y no a lo que haya manifestado expresamente, de acuerdo al artículo 1302 al disponer que " toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido

¹³ GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, El Patrimonio, 3ª ed. De Porua, pag. 618.

literal de las palabras, a no ser que aparezca con manifiesta claridad que fue otra la voluntad del testador.

En caso de 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”.

En este artículo y en el anterior el Código es muy claro al establecer y precisar el valor de la intención, es decir, la voluntad, sobre las palabras, a través de las cuales las partes quisieron expresar su intención.

7 VICIOS DE LA VOLUNTAD

Para hablar de vicios, debe distinguirse primeramente entre la falta de voluntad y aquellos casos en que la voluntad nace pero en forma defectuosa, es decir, viciada.

En la falta de voluntad se habla de una inexistencia, porque esa voluntad simplemente no se forma, por lo tanto no puede estar viciada la nada.

Por vicio se entiende como la relación incompleta o defectuosa de cualquiera de los elementos de esencia de una institución, es decir, que el vicio exclusivamente se encuentra sobre algún elemento esencial, ya sea sobre la voluntad, el objeto o la solemnidad.

Se señala como ejemplo en que falta jurídicamente la voluntad, al error obstativo, llamado también error obstáculo, que consiste en la falta de coincidencia entre lo querido y lo declarado; este error obstáculo impide que se de la voluntad.

Distinto es el caso de la declaración de la voluntad defectuosa. Las causas por las cuales la voluntad se forma defectuosamente, se denominan vicios.

El vicio de la voluntad es todo elemento que interviene en la formación de ésta privando al sujeto del conocimiento de la realidad o de la libertad para decidir.

El vicio recae sobre la voluntad interna, desviando la intención del sujeto, que de no haber existido el vicio, habría una concordancia fiel entre la voluntad que llegó a formarse y de la declaración de la misma.

El acto ha nacido en forma defectuosa, otorgando el legislador a las partes el instrumento jurídico para privarlo de efectos jurídicos, es decir invalidarlo a través de la acción de nulidad.

La voluntad como elemento esencial del acto jurídico, debe de formarse de manera consciente y libre; pero si esa voluntad carece de libertad y consciencia, estamos hablando de una voluntad viciada, que ciertamente la voluntad ha nacido pero de forma diferente a la verdadera intención del sujeto, "por lo tanto existe una voluntad que se ha formado, aunque desviada frente a otra que no ha podido formarse, en virtud de esas circunstancias que la vician"¹⁴.

De lo anterior se desprende que la voluntad viciada, afecta a la consciencia y a la libertad del sujeto; para el caso de la consciencia se habla de error, en decir, de una realidad distorsionada, que puede ser involuntario o provocado; en el involuntario simplemente se habla de error, en el provocado se alude al dolo. Para el caso de la libertad, cuando la voluntad del sujeto es arracada por medio de amenazas o intimidaciones; no puede hablarse de una voluntad libremente formada, encontrándose un vicio, el cual es llamado violencia o intimidación.

Nuestro Código Civil vigente considera otro vicio de la voluntad que es la lesión, y es aquel que produce un menoscabo considerable en el patrimonio de una de las partes y en beneficio de la otra.

Así en el Código se habla de cuatro vicios que son el error, el dolo, la violencia y la lesión, respecto a la voluntad viciada por cualquiera de los casos que se han mencionado, produce el efecto de invalidar el acto jurídico, privándolo de efectos.

¹⁴ GALINDO, Garfias. op. cit. pag. 229.

7.1. EL ERROR

El error es el falso conocimiento de una cosa (error propiamente dicho) o el total desconocimiento (ignorancia) de ella y que determina al sujeto en la formación de su voluntad, en un sentido distinto a aquel que se hubiera formado, sin la existencia de esa circunstancia "Es una creencia sobre algo del mundo exterior o interior físico, que ésta en discrepancia con la realidad, o bien es una falsa o incompleta consideración de la realidad"¹⁵.

Existen tres tipos de error, uno que ataca y destruye la voluntad, evitando así su formación, originando por consecuencia la inexistencia del acto, que es denominado error radical. Un segundo tipo de error, que es el error vicio, es el que simplemente vicia la voluntad que ha logrado formarse, donde la declaración concuerda con la voluntad interna, pero ha sido desviada, originando la nulidad relativa del acto; y finalmente el error leve, que es indiferente al derecho y que por lo tanto, no influye sobre la validez del acto.

De acuerdo con el artículo 1813 del ya citado Código, el error puede ser de hecho o de derecho, según recaiga sobre los condiciones materiales del negocio o que signifiquen un parcial o total desconocimiento de una norma jurídica. Una y otra producen la invalidez del acto jurídico.

Para que el error ya sea de hecho o de derecho produzcan la invalidez del acto jurídico, debe ser esencial o determinante, es decir, que ha de recaer sobre los elementos esenciales del acto y a de actuar como motivo que impulso a la voluntad para celebrarlo.

1.- En el error radical se encuentran comprendidos: a) el error obstativo; b) el error sobre la naturaleza del negocio; c) el error sobre la identidad del objeto; y d) la viz absoluta, que es la violencia física o moral.

El error obstativo o obstáculo, impide la existencia del contrato, pues es tan grave y de tal magnitud que no se integra el consentimiento, y al no integrarse éste falta uno de los elementos de existencia del acto. Este tipo de error puede recaer sobre la naturaleza del contrato y entonces se habla de error in negotio; o sobre la identidad del objeto, en este caso se habla de error in rem.

¹⁵ GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, 8ª ed. Ed Porrúa. pag. 287.

El error sobre la naturaleza del negocio o in negotio, se presenta cuando cada una de las partes que pretenden celebrar un contrato, cae en error al creer que celebran un contrato diverso al que piensan celebrar la otra. No hay por lo mismo coincidencia de las voluntades y no se puede integrar el consentimiento.

El error sobre la identidad del objeto o error in rem, se da cuando las partes caen en error respecto de la identidad del objeto materia de la prestación en el contrato; cada una supone que la operación versa sobre una cosa distinta, de la que resulta que no hay coincidencia de voluntades, impidiendo que se forme el consentimiento y al no darse éste no puede formarse el acto.

2.- En el error de hecho que produce la nulidad, no impide la formación del consentimiento; no obstante ello, se permite que cuando se incurra en este error, la anulación del contrato, este tipo de error puede recaer sobre la substancia o sobre la persona.

El error sobre la substancia recae en la cualidad de la cosa cuya existencia ha sido considerada por las partes como requisito del contrato, y que fue el motivo determinante para que se celebrara ese contrato, Pothier da un ejemplo "una persona compra unos candelabros, los cuales de buena fe le son ofrecidos como de plata, cuando en realidad sólo son plateados"¹⁶, aquí el error consiste en considerar por ambas partes a los candelabros como de plata, es decir sobre la substancia, originando su nulidad.

El error sobre la persona, este se presenta en los contratos en los que se celebran en atención a determinada persona, esto puede deberse a que se inspiran en un sentimiento especial para uno de los contratantes, o a que se atiende a las cualidades de una persona, celebrándose sobre ese supuesto el contrato y no sobre otra, y si resulta falso, procede la nulidad del acto.

El error de derecho se presenta cuando una persona tiene una falsa creencia sobre la aplicabilidad de una norma legal, o sobre su interpretación, de acuerdo al artículo 1813 del Código Civil "El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa".

¹⁶ Ibidem pag. 293.

Este error es sancionado con la nulidad relativa, siempre y cuando ese error haya sido la causa determinante de la celebración del contrato.

3.- El error indiferente.- Es el que produce en la voluntad del sujeto un equivoco sobre circunstancias incidentales o secundarias del objeto o cualquier otro elemento del contrato pero este error carece de trascendencia en la vida del mismo acto. Pues este acto se habría celebrado aun cuando se hubiere incurrido en el error, éste error no produce la nulidad del acto, tan sólo puede originar un ajuste de las prestaciones.

7.1.1. TEORIAS SOBRE EL ERROR

Existen tres teorías que tratan de explicar si la voluntad viciada por error puede formar el consentimiento de un contrato.

La primera representada por Savigny; nos dice que el error debe de ser indiferente para el derecho, ya que considera que el sujeto debe de ser responsable de esa voluntad que expresó, por no haber aguzado sus sentidos; además los sujetos deben de poner atención a las ofertas que se les hacen y que si se equivocan o se les engaña deben de sufrir las consecuencias de su descuido y por lo mismo, si dio su voluntad, el contrato debe de existir y además como contrato válido.

La segunda teoría se va al extremo de la anterior, diciendo que cuando la voluntad ha sido otorgada en discrepancia con la realidad el contrato no se forma, puesto que es característica del consentimiento el que las voluntades que lo integran tengan una adecuación psicológica con la realidad, y si hay error, al no existir esa coincidencia, las voluntades que lo integran serán importantes para formar el consentimiento y por consiguiente un contrato.

Una tercera teoría se coloca en una posición intermedia, que nos dice que no se debe de ignorar el error por el derecho; pero que tampoco se debe aceptar que determine siempre la inexistencia del acto, la posición justa será aquella que considere al acto en que la voluntad fue dada por error como un acto anulable, y sólo cuando el error sea de las dos voluntades o sobre la naturaleza del acto o sobre el objeto del mismo, en este caso el acto será inexistente. Esta es la postura que adopta el Código Civil.

7.2. EL DOLO

El dolo es otro vicio de la voluntad que considera el Código civil, y éste consiste en los artificios engañosos o maquinaciones fraudulentas, por medio de las cuales una persona es inducida por otra a otorgar un acto jurídico, que de otro modo no habría consentido o la habría celebrado de otra forma.

Se distinguen dos tipos de dolo, el dolo principal o determinante y el dolo incidental. El dolo principal es el que motiva la nulidad del acto, porque engendra un error que es a su vez la causa única por la cual se celebró el acto.

El dolo incidental origina un error de importancia secundaria, que a pesar de conocerse se hubiera celebrado el acto, este dolo no nulifica el acto jurídico "solo da lugar a la ratificación de las estipulaciones, para hacerlas menos onerosas, en favor de quien lo padece"¹⁷.

El dolo puede ser positivo o negativo: En el primer caso, consiste en las sugerencias o artificios que ejecuta una de las partes para inducir o mantener en error a la otra, que es el dolo propiamente dicho.

En el dolo negativo, es la simple disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido constituye la mala fe.

El artículo 1815 da una definición de dolo y a su vez de mala fe, mientras que para el dolo se refiere a una sugestión o artificio, para la mala fe a la disimulación.

En el dolo el elemento constitutivo esencial es, la maniobra, que es el "conjunto de artificios por medio de los cuales se llega a inducir a otro en error, creando o manteniendo un falso o imperfecto conocimiento"¹⁸.

La mala fe mientras tanto, su elemento es la disimulación del error en que se encuentra la otra parte, es decir que el error lo tiene una de las partes, y la otra se da cuenta de este error, pero simplemente no hace nada por advertirlo, ya que le representa un beneficio.

¹⁷ GALINDO, Garfias. op. cit. pag. 232.

¹⁸ Ibidem pag. 232.

El dolo o la mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo una de las partes, anulan el contrato.

El dolo como vicio de la voluntad debe ser determinante; esto significa que sea causa jurídicamente relevante, para decidir a quien lo sufre a celebrar el acto, haciendo que la víctima incurra o permanezca en el error, provocado por las maniobras de una de las partes o por un tercero.

Cuando el dolo sea recíproco, es decir, si todas las partes que intervienen en el acto ejecutan esas maniobras constitutivas de dolo, disimulan el error en que han incurrido las otras, el negocio es válido y ninguna de ellas tendrá derecho a exigir reparación de los daños que se les causen, de acuerdo con el artículo 1817 del Código Civil.

La parte que invoque el dolo, debe probar el nexo de causalidad entre la maniobra encaminada a producir el error y el error mismo. Debe ofrecer la comprobación de que fue inducido a celebrar el acto, por medio de las maquinaciones dolosas.

7.3. LA VIOLENCIA

Se llama violencia o intimidación, a toda coacción ejercida sobre la voluntad de una persona, sea por la fuerza material o por medio de amenazas, para determinarla a consentir en un acto jurídico, según el artículo 1819, " Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado".

El vicio de la voluntad consiste en el temor que se hace sentir a la víctima, por medio de las amenazas. Estas son el medio de que se vale el autor de la violencia, para intimidar al sujeto.

Se distinguen dos tipos de violencia: la viz compulsiva y la viz absoluta; la viz compulsiva no destruye enteramente la voluntad del sujeto porque puede elegir entre sufrir el mal o celebrar el acto. La amenaza que se ejerce sobre el ánimo del autor del acto deja en aparente libertad al

sujeto, pero su voluntad se forma bajo el influjo de la coacción y decide celebrar el acto; este acto es sancionado con la nulidad relativa.

La vis absoluta es la que en una manera física se ejerce la fuerza sobre el cuerpo del sujeto para llevarlo materialmente a ejecutar el acto, prescindiendo enteramente de su voluntad, la libertad del sujeto se ve afectada de una manera tan grave, que no se forma la voluntad.

La amenaza debe de ser seria.- es decir que, debe existir la posibilidad de que el mal se realice.

Debe ser grave.- de modo que la ejecución de la amenaza, importe un mal mayor que el que resulte de la celebración del acto.

Debe ser injusta.- es decir, que no entraña el ejercicio de un derecho legítimo en contra del sujeto.

La violencia puede provenir de una de las partes o de algún tercero, provocando la invalidez del acto según el artículo 1818 del Código Civil.

7.4. LA LESION

La lesión consiste en una notoria desproporción entre lo que se da y lo que se recibe a cambio, esta es originada por la inexperiencia o extrema necesidad o suma ignorancia en una de las partes.

La lesión no puede presentarse en los actos a título gratuito, ni en los actos unilaterales, solo puede presentarse en los actos bilaterales.

El artículo 17 del Código Civil da derecho a exigir la nulidad del contrato o a la reducción equitativa de la obligación, más el pago de daños y perjuicios cuando al quien explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obligo.

CAPITULO II

DE LA RELACION ENTRE LA VOLUNTAD Y EL TESTAMENTO

1. EL TESTAMENTO

1.1. ANTECEDENTES

Los antecedentes del testamento, que contempla el derecho civil vigente, lo encontramos en el derecho romano "se ha hecho sentir claramente en la legislación positiva, especialmente en el derecho civil (propiedad, testamento, obligaciones, contratos, etc.)"¹⁹.

Por eso es importante hacer un estudio del derecho romano de las vías para la delación de la herencia o llamamiento a los herederos, es decir a la sucesión de los derechos y obligaciones del difunto.

La palabra sucesión proviene del latín successio, concepto general que significa, entrar una persona en lugar de otra o seguirse a ella. Así la sucesión por causa de muerte es, la transmisión que tiene lugar a la muerte de una persona; se trata de un hecho, mediante el cual al morir una persona deja a otra la continuación de sus derechos y obligaciones, "los herederos pasan a ocupar el lugar del autor de la sucesión"²⁰.

Los derechos y deberes, que conforma el patrimonio pertenecientes al difunto, que se podían transmitir, eran, los derechos reales -salvo los de usufructo, uso y habitación (que como se sabe son vitalicios) - y casi todos los derechos personales o de crédito, con excepción de los que hubieran nacido de los contratos de mandato, sociedad y locatio conductio operarum, así como las obligaciones derivadas del delito.

Esta transmisión patrimonial del difunto se podía efectuar por dos vías; la primera, la testamentaria, que consistía en seguir la voluntad del causante conforme a lo que hubiera

¹⁹ SAINZ, Gómez José María, Derecho Romano I. Noriega Editores, pag. 26.

²⁰ MORINEAU, Iduarte Martha, Derecho Romano, Ed. Harla, pag. 205.

dispuesto en su testamento; la segunda, la vía legítima o ab intestato, ésta se presentaba cuando no existía testamento, donde la ley suplía la voluntad del de cujus, estableciendo quienes eran los herederos y como debía de repartirse la herencia.

Por la importancia que representa para el presente trabajo, solo nos referiremos a la vía testamentaria, donde impera la voluntad del testador.

En un principio el testamento no fue aceptado, por cuestiones religiosas, pero al ir cambiando las ideas, el testamento fue cobrando gran importancia, hasta que llegó a ser considerado como necesario, ya que representaba múltiples ventajas.

En la época anterior a las doce tablas, en donde el derecho a testar, se encontraba en oposición con las creencias religiosas, "que eran el fundamento del derecho de propiedad y del derecho de sucesión"²¹.

El culto, se transmitía por vía legítima, es decir el que sucedía al jefe de familia, era el hijo varón de mayor edad, éste era quien pasaba a dirigir las ceremonias religiosas donde veneraban a sus dioses manes. El jefe de familia era el protector de los intereses familiares en todos los sentidos con plenos poderes para salvaguardar los intereses del grupo. Así la propiedad no pertenecía al individuo, sino a la familia, motivo por el cual no se podía disponer de la propiedad, "pues el hombre no la había adquirido por el derecho del trabajo, sino por el culto, doméstico"²².

Bajo estas circunstancias el testamento no era aceptado, en virtud, que no podían ser dispuestos los bienes a voluntad y a elección del difunto, ya que se encontraban razones superiores que la religión había establecido, puesto que "el principio constante de las épocas antiguas fue que cualquier propiedad debía continuar en la familia a la que la religión la había asociado"²³.

El antecedente más remoto del testamento en Roma se encuentra en las Doce Tablas (451 a.C.), pero este resultaba muy difícil de realizar, ya que consistía una violación a las leyes religiosas, debiendo cubrir grandes formalidades. Tenía que hacerse públicamente, a pleno día, también era preciso que la voluntad del testador recibiese la aprobación de la autoridad soberana,

²¹ COULANGES, Fustel de. La Ciudad Antigua. 6ª ed. Ed. Porrúa, pag. 55.

²² Ídem.

²³ Íbidem. pag. 56.

bajo la presidencia del pontífice; aunque en forma excepcional y bajo rigurosos requisitos, a partir de este momento fue reconocida, aunque no muy bien vista, la voluntad testamentaria, aceptando tres formas: *colatis comittis, in procintu, y per est libram*.

Al transformarse las creencias, al cuestionar las leyes que regían a la familia y las instituciones del Estado, se dio una revolución intelectual, en la que se decía que "no era ya necesario invocar los viejos usos y las leyes sagradas, si no era necesario persuadir a los hombres a actuar sobre voluntades libres"²⁴.

En el derecho de gentes se reconoció el testamento pretorio, que debía constar en un documento que contuviera la designación del heredero y los sellos de siete testigos, sin exigirse ya el rito de la *mancipatio*.

La sucesión testamentaria en el derecho imperial y en el justineano, se reconoció el testamento *tripertitum*; *mancipativo* y el testamento público, que podía ser de dos formas: *apud acta contictum* y *principio oblatum*, apareciendo también los testamentos especiales.

Para este tiempo el testamento ya había alcanzado gran aceptación de los romanos, ya que constituyó un acto muy importante, pues el heredero testamentario no sólo sucedía al de *jure* en sus derechos, sino que de algún modo lo sucedía también en sus relaciones sociales y religiosas.

Fue tan importante el testamento, que se dieron reglas para la interpretación, para no restarle validez y prevaleciera la voluntad del testador, " La doctrina aconseja siempre la interpretación favorable - *favor testamenti* - de la voluntad del testador en caso de duda acerca de las disposiciones testamentarias"²⁵.

²⁴ *Idem*.

²⁵ MORINEAU, *op. cit.* pag. 210.

1.2. CONCEPTO DE TESTAMENTO

El testamento es un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz transmite sus bienes, derechos y obligaciones, que no se extinguen por la muerte a sus herederos o legatarios, o declara y cumple deberes para después de la muerte.

El concepto que nos da el Código civil en su artículo 1295 que a la letra dice " 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".

De los conceptos anteriores no existe gran diferencia de uno y otro, de lo cual se desprenden los elementos que lo forman; y estos son:

- 1. El testamento es un acto jurídico unilateral.**
- 2. Es personalísimo, revocable y libre.**
- 3. Debe ser ejecutado por persona capaz.**
- 4. Tiene por objeto la transmisión de bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por las muerte a la declaración y cumplimiento de deberes.**

Bajo este orden se hará el estudio del testamento, destacando la enorme importancia de la voluntad para la creación de este acto de disposición.

2. EL TESTAMENTO COMO ACTO JURÍDICO UNILATERAL

Se dice que el testamento es un acto jurídico. Partiremos del estudio del hecho jurídico en un sentido amplio, para analizar este punto.

2.1. HECHO JURIDICO LATU SENSU

Existen dos tipos de hechos, el no jurídico y el jurídico; el primero es toda conducta humana y ciertos fenómenos de la naturaleza que son irrelevantes para el derecho, no produciendo consecuencias en el campo jurídico; el segundo es toda conducta humana o ciertos fenómenos de la naturaleza que el derecho considera para atribuirles consecuencias jurídicas; los que constituye al hecho jurídico

Esas consecuencias se traducen en efectos, que pueden consistir en la creación, modificación, transmisión o extinción de obligaciones y derechos. " se puede sentar como principio, el que toda obligación tiene su fuente en el hecho jurídico en su doble división: de acto y hecho jurídico en estricto sentido "²⁶ .

Como ya se menciona el hecho jurídico latu sensu se clasifica en: 1. Hecho jurídico en estricto sentido; y 2. Acto jurídico.

1.- El hecho jurídico en sentido estricto, es una manifestación de voluntad que genera efectos de derecho independientemente de la intención del autor de la voluntad, es decir, que aunque exista la voluntad del sujeto, ésta no está encaminada a buscar que se produzcan las consecuencias jurídicas, pero el derecho se las atribuye, igual sucede con el hecho de la naturaleza al que el derecho le finca efectos jurídicos.

Entonces tenemos que: en este caso la voluntad en si misma, no es la productora de efectos jurídicos, si que es el legislador quien decide cuales son las voluntades que deben ser consideradas como creadoras de esos efectos, rasgo distintivo del hecho jurídico, respecto al acto jurídico.

El hecho jurídico puede ser de dos clases: a) del ser humano voluntario o no, y b) de la naturaleza

a) El hecho voluntario, es la conducta humana que genera consecuencias jurídicas de manera independiente a la voluntad de su autor. Se subdivide en: hecho voluntario lícito y hecho voluntario ilícito.

²⁶ GUTIERREZ Y GONZALEZ, Derecho de las ... op, cit, pag. 123.

Hecho voluntario lícito.- Es aquella conducta humana que va de acuerdo con las leyes de orden público o las buenas costumbres y produce efectos de derecho, sin consideración de la voluntad del autor de la conducta. v.g. la gestión de negocios.

Hecho voluntario ilícito.- Es la conducta que va en contra de una ley de orden público o las buenas costumbres, y que genera consecuencias jurídicas, sin tomar en cuenta la voluntad del sujeto, sin importar si el autor quiso o no el hecho o sus consecuencias. A este hecho se le da el nombre de delito.

b) Hecho de la naturaleza.- Es el acontecimiento de la naturaleza, en donde para nada interviene la voluntad humana, y sin embargo el derecho lo considera generando consecuencias en el campo jurídico, v.g. el nacimiento, la muerte, etc.

2.2. ACTO JURIDICO

Por acto jurídico debe entenderse, la manifestación exterior de voluntad, con la cual uno o más sujetos capaces pretenden crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho, y que produce efectos jurídicos, cuando la legislación vigente así lo considera.

De lo anterior se desprende que sólo los seres humanos son capaces para realizar actos jurídicos, ya que éste es el único que tiene la facultad de discernir y formarse juicios, externando su voluntad encaminada conscientemente a la consecución de determinados fines, que el derecho considera y les atribuye consecuencias jurídicas, siendo aquí la voluntad del sujeto la generadora de los efectos jurídicos, y que el derecho contempla para atribuirles esos efectos jurídicos.

El acto jurídico está integrado por dos elementos:

- 1.- Uno psicológico, voluntario, personal, y;
- 2.- Otro representado por el derecho objetivo.

Así tenemos que en todo acto jurídico encontramos una voluntad psicológica, que ha sido exteriorizada conforme a lo que dispone el Código Civil; esta voluntad tiene el propósito de que se cumpla, y para ello el derecho tiene que reconocerla como productora de efectos jurídicos. En forma contraria, por la sola existencia de un supuesto normativo, no se perfeccionará el acto

jurídico, sino hasta que un sujeto se coloque en ese supuesto, aceptando las consecuencias jurídicas que resulten de esa exteriorización de voluntad, encontrándose íntimamente relacionados estos dos elementos para la creación de un acto jurídico, y por la falta de alguno, nunca podría darse un acto.

Dejando por el momento el derecho subjetivo que sanciona a la voluntad, se hará referencia exclusivamente, a la voluntad, por la gran importancia que tiene para la formación del acto.

El derecho en su aspiración para satisfacer de manera más fácil y perfecta posible las múltiples necesidades de la vida, tiene necesariamente que dar reconocimiento para la validez y para el contenido de los negocios jurídicos, aunque la voluntad pudiera ser expresada defectuosamente, atendiendo a la "verdadera voluntad que tiende a formar las relaciones jurídicas"²⁷.

Pugliatti distingue dos tipos de actos: "actos (simplemente) voluntarios; y actos de voluntad"²⁸. Son actos simplemente voluntarios aquellos que presuponen como existente una determinación de voluntad, la que constituye, sin embargo, un momento interno, mientras que lo que se toma en consideración es más bien la actividad que se desarrolla, v.g. abandono de una casa.

El acto de voluntad es aquel en el que su contenido típico consiste en la determinación volitiva, la que se toma en consideración por el derecho, como el antecedente inmediato material, como fundamento en el cual la norma hace producir consecuencias jurídicas al acto; colocando en este supuesto al testamento, contratos; ya que el derecho sólo va a tomar en cuenta esa voluntad que fue expresada conforme al Código, y la va a regular. Inclusive, el mismo legislador reconoce a la voluntad como suprema ley, creadora de efectos jurídicos, al decir que "los contratantes pueden estipular las cláusulas que crean convenientes; los contratos que no estén reglamentados expresamente por la ley, se rigen, en primer término por la voluntad de las partes"²⁹, esto es, que primeramente debe atenderse a lo que las partes quisieron obligarse.

²⁷ ROJINA, Villegas Rafael, Derecho Civil Mexicano, Obligaciones, T. V. vol. I, 5ª ed, Ed.

²⁸ Ibidem pag. 99

²⁹ Ibidem pag. 105.

Con lo anterior se desprende que, el legislador reconoce que la ley no contempla toda la diversidad de relaciones jurídicas que se suscitan en la práctica diaria del derecho, dejando los casos que no regula, a la voluntad de las partes como suprema ley. Siguiendo este orden de ideas, podríamos decir que "el elemento esencial de todo acto jurídico es la voluntad de su autor"³⁰.

2.2.1. SUBCLASIFICACION DE LOS ACTOS JURIDICOS

La clasificación más importante de los actos jurídicos se refiere al número de voluntades que intervienen en su formación, y que consiste en : acto jurídico bilateral o plurilateral; y acto unilateral.

A) El acto bilateral.- es aquel que para su formación requiere de dos o más voluntades, para crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones. Como actos bilaterales encontramos al contrato y al convenio.

Contrato.- Es el acuerdo de dos o más personas para crear o transferir derechos y obligaciones; según el artículo 1793 del Código Civil, " Los convenios que producen o transfieren obligaciones y derechos toman el nombre de contratos".

Convenio en estricto sentido.- Es el acuerdo de dos o más voluntades para modificar o extinguir derechos y obligaciones.

B) El acto jurídico Unilateral.- Es aquel en que interviene para su formación una sola voluntad. Como acto unilateral encontramos al testamento, a la declaración unilateral y a la remisión de deuda.

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.

Remisión de deuda.- Es el acto jurídico por el cual el acreedor dimite voluntaria y unilateralmente al derecho de exigir, total o parcialmente, a su obligado -deudor-, el pago de la prestación debida.

³⁰ BORJA, Soriano Manuel. Teoría General de las Obligaciones. 11ª ed. Ed. Porrúa, pag. 86.

Declaración unilateral.- Se entiende como la exteriorización de voluntad sancionada por la ley, que implica para su autor la necesidad jurídica de conservarse en aptitud de cumplir, voluntariamente, una prestación de carácter patrimonial, pecuniario o moral, en favor de una persona que eventualmente puede llegar a existir, o si ya existe, aceptar la prestación debida.

El testamento se diferencia por que es personalísimo, es decir que solo el testador puede expresar su voluntad sin intervención de otra persona.

Otra característica del testamento que lo hace diferente, es que las declaraciones de voluntad que se hayan expresado habrán de surtir sus efectos jurídicos hasta la muerte del testador, es un "acto mortis causa"³¹.

Otras clasificaciones, de los actos jurídicos, parten de distintos puntos de vista: 1. atendiendo a su forma: consensuales, formales y solemnes, 2. atendiendo al momento en que se perfeccionan: instantáneos o de tracto sucesivo, 3. en actos de dominio y de administración, 4. onerosos y gratuitos, 5. principales o accesorios, por señalar algunas de las clasificaciones.

De acuerdo a lo anterior, diremos en forma breve, que el testamento es un acto jurídico unilateral, formal, de dominio, gratuito y principal.

a) Como acto unilateral, ya se ha dicho que solo interviene una voluntad para su existencia.

b) Formal.- ya que se requiere para su validez que la voluntad se exprese por escrito y excepcionalmente puede manifestarse en forma verbal.

Para los testamentos ordinarios, el conjunto de formalidades constituyen una verdadera solemnidad para su existencia.

c) De dominio.- En el testamento se transmite la propiedad del testador.

d) Gratuito.- ya que solo origina provechos para una parte, el herederos o legatarios, en caso de que acepten.

f) Principal.- El testamento, existe por sí mismo, produciendo todas sus consecuencias en forma independiente, es decir, que no se encuentra subordinado a otros actos jurídicos

³¹ ROJINA, op. cit. pag. 109.

2.3. RAZON POR LA CUAL EL ACTO JURIDICO PRODUCE CONSECUENCIAS DE DERECHO

Se ha discutido acerca del origen que generan las consecuencias jurídicas en el acto, para algunos la generadora es la voluntad, para otros la ley, y una tercera postura es la ecléctica, estas teorías que a continuación se mencionan, se han elaborado principalmente en Francia, Italia, y Alemania, siendo importante esta observación, ya que dos de los países tienen influencias del derecho romano y el otro tiene tendencias diferentes además de la romana.

a) La llamada escuela clásica, sostiene que en el acto jurídico, es la voluntad del autor la que genera las consecuencias de derecho y que éste solo las sanciona.

b) León Duguit, recurre en apoyo de su opinión a la teoría del acto de voluntad del psicólogo William James, el cual dice que "la voluntad del sujeto de derecho, no puede producir sino movimientos corpóreos, y en consecuencia es el derecho quien va a generar los efectos jurídicos"³².

c) Bonnacase, habla de situaciones jurídicas abstractas, "que se generan por la conducta humana, que pone en pro o en contra el dispositivo de una norma"³³.

d) Mercadé, sostiene que "para enfrentar los efectos de derecho se requiere en el acto jurídico no solamente la voluntad del autor sino también la ley, para que se den las consecuencias de derecho"³⁴.

e) La Teoría alemana no reglamenta al hecho jurídico en sentido amplio, sino reglamenta exclusivamente al negocio jurídico en forma genérica, reglamentando a la declaración unilateral de la voluntad y al contrato en forma especial, no nos habla del acto jurídico y del hecho jurídico en estricto sentido.

De lo anterior y siguiendo a la escuela clásica y a Mercadé, la voluntad es la que tiene una mayor importancia, porque busca las consecuencias jurídicas, que si bien es cierto que el derecho las debe de contemplar, también lo es el que primariamente debe darse la voluntad, ya que de nada serviría la hipótesis normativa, si nadie se coloca en ella.

³² LEON Dugit, citado por GUTIERREZ Y GONALEZ, op. cit. pag. 131.

³³ BONNECASE, citado por GUTIERREZ Y GONZALEZ, op. cit. pag. 131.

³⁴ MERCADE, citado por GUTIERREZ Y GONZALEZ, op. cit. pag. 131

Es precisamente el sujeto quien busca se produzcan los efectos jurídicos deseados, por lo tanto el derecho solo contempla la voluntad, siendo necesario el reconocimiento de la ley para que esos efectos se produzcan.

3. DEL ACTO PERSONALISIMO, REVOCABLE Y LIBRE DE TESTAR

3.1. PERSONALISIMO

El testamento es personalísimo, por que no puede desempeñarse por conducto de representante, es decir, debe de ser directamente el interesado quien debe realizarlo, " es el testador en persona el que debe manifestar su voluntad, instituyendo herederos y legatarios, asignando cantidades y distribuyendo bienes"³⁵.

La naturaleza del testamento es la de disponer para los herederos y legatarios asignados, a través de la voluntad del testador, así, esta institución no puede ser hecha por un tercero, porque entonces no existe la voluntad del testador sino la de otro, careciendo del elemento volitivo que es esencial para la existencia del testamento.

Aunque puede encomendarse a un tercero la distribución de cantidades o bienes que el testador hubiese designado para ciertas clases, es decir, la voluntad del testador fue la de dejar a ciertas clases determinadas por él, sin especificar los individuos concretos, pudiendo ser los huérfanos, ciegos, pobres, etc. Como se trata de clases con número ilimitado de personas, se encomienda a una persona, como ejecutor, la distribución simplemente de los bienes o cantidades que voluntariamente el testador haya asignado; o puede darse el caso que el testador deja sus bienes a determinadas instituciones de beneficencia pública, y dejará al albacea la elección de ésta, " en estos casos la intervención del tercero es secundaria "³⁶.

³⁵ ROJINA, op. cit. pag. 293.

³⁶ Idem.

En este aspecto se aprecia que la voluntad del testador es sumamente importante, para darle una característica propia al testamento, distinguiéndolo de cualquier otro acto unilateral, ya que única y exclusivamente el testador puede designar a los herederos y legatarios, su acervo, valor o cantidad, según sea su voluntad, " Si no hay manifestación de voluntad, no hay testamento"³⁷.

3.2. REVOCABILIDAD.

El testamento es un acto revocable, ya que en la misma definición, que hace el Código Civil, así lo reconoce, por consiguiente. No puede el testador celebrar pacto o convenio por el cual renuncie a la facultad que tiene de revocar el testamento, este pacto o convenio es inexistente por una imposibilidad jurídica; se dice que hay inexistencia cuando el acto no puede llevarse a cabo porque una norma de derecho constituye un obstáculo insuperable para la realización del mismo. Es decir que el pacto donde se renuncia a esa facultad se encuentra en discordancia con la norma del derecho positivo vigente, impidiendo que se creen derechos y obligaciones para ambas partes.

La renuncia a la facultad de revocar el testamento por parte de testador se considera nula, según el artículo 1493.

La ley otorga al testador la facultad de revocar su testamento en cualquier tiempo. La revocación puede ser de dos formas: expresa o tácita; en la primera el testador declara que revoca el testamento; en la segunda, haciendo un nuevo testamento, y con este solo hecho implica la revocación del anterior.

La voluntad del testador nuevamente es importante para esta característica del testamento, ya que el testamento tan solo es una prevención, que no surte sus efectos sino hasta que aquel muere, pero si durante la vida del testador, es su voluntad el revocarlo, puede hacerlo a través de otro acto jurídico dejando sin efectos al testamento anterior.

³⁷ Idem.

3.3. LIBERTAD DE TESTAR

Se dice que el testamento es un acto libre, porque su autor puede hacer la clasificación de los bienes de su propiedad a su completo arbitrio, sin que nadie pueda obligarlo por contrato o convenio a no testar o a testar bajo ciertas condiciones. Cualquier pacto que en este sentido restrinja la libertad de testar o implique renuncia de ella, es también inexistente por una imposibilidad jurídica, en virtud de que existe en el derecho positivo una norma expresa, que impide que el acto de renuncia o de restricción a la libertad de testar se lleve a cabo.

Aquí nuevamente la voluntad del testar, es la que va a determinar los efectos jurídicos, que han de producirse de acuerdo a lo que es su intención, y esa voluntad es la que le da precisamente existencia al testamento.

4. DEBE SER EJECUTADO POR PERSONA CAPAZ

El sujeto debe tener la capacidad de testar, en este aspecto se hace referencia a la aptitud del sujeto, de discernir y formarse juicios, para hacer frente a las consecuencias jurídicas que resulten de sus actos, en este caso, se trata de la capacidad de ejercicio que se define como "la aptitud que una persona tiene de ejercitar los derechos cuyo disfrute le corresponde"³⁸.

Esta capacidad comienza a los dieciocho años cumplidos, como regla general, de acuerdo con el artículo 646 del ya multicitado Código. Hay excepciones como en el caso del testamento, de acuerdo con el artículo 1306 fracción I, que a la letra dice " Están incapacitados para testar; I.- los menores que no han cumplido dieciséis años de edad, ya sean hombres o mujeres", que interpretando en sentido contrario, nos dice que tienen capacidad para testar los mayores de dieciséis años.

³⁸ IBARROLA, op. cit. pag. 66.

5. EL OBJETO DEL TESTAMENTO

El objeto es el segundo elemento esencial en todo acto jurídico. En el testamento el objeto puede consistir en la institución de herederos y legatarios, o en la declaración y cumplimiento de ciertos deberes o ejecución de determinados actos jurídicos, así se puede apreciar que el objeto es variado, diverso; aunque no es necesario que se reúnan estos distintos aspectos del objeto en el testamento, basta que se de uno de ellos para que se perfeccione el testamento.

A pesar de esta naturaleza compleja en el objeto del testamento, la ley regula el objeto principal, que es la institución de herederos o legatarios, aunque en el artículo 1378, nos da la posibilidad de que el objeto pueda ser diverso y que exista a pesar de que no haya institución de herederos o legatarios " 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".

En esta parte del capítulo se han distinguido los elementos esenciales que debe reunir el testamento para que sea considerado como un acto jurídico, es decir, sus elementos esenciales de existencia, y al cumplirse éstos y reconocerlos el derecho, producen los efectos deseados por el autor del testamento.

6. DE LA INEXISTENCIA Y NULIDAD DEL ACTO JURIDICO

Se dice que la inexistencia es la ineficacia que corresponde a un acto jurídico, que no ha podido formarse en razón de la ausencia de un elemento esencial para su existencia, por tanto dicho acto no existe en derecho " es una apariencia sin realidad, la nada"³⁹.

A diferencia del acto inexistente, el acto nulo reúne las condiciones esenciales para la existencia de todo acto jurídico, pero se encuentra privado de efectos por la ley.

Se han elaborado diversas teorías acerca de que si la conducta humana que no cumple con los elementos de existencia y los requisitos de validez, es o no fuente creadora de obligaciones y si puede o no también crear ciertas consecuencias jurídicas, o no produce ninguna;

³⁹ BORJA, op. cit, pag. 95.

estas teorías son: la clásica, la tesis de Japiot, la tesis de Piedelievre y la tesis de Julian Bonnacase.

6.1. TESIS CLASICA

Esta tesis hace una clasificación bipartita de las conductas humanas que no pueden producir consecuencias jurídicas, solo se refiere a la inexistencia y a la nulidad.

Para esta tesis la inexistencia es una conducta humana que le falta un elemento esencial, el acto inexistente se confunde con la nada, y por tanto el derecho no debe ocuparse del acto, por que el ocuparse de ese acto, sería elaborar una teoría de la nada. Por consecuencia el acto inexistente no produce efecto jurídico alguno.

Para esta tesis el acto nulo es en el que si se dan sus elementos de existencia, pero de un modo imperfecto. Por este motivo, es que, o no produce ningún efecto jurídico, al igual que el inexistente, o produce sus efectos provisionalmente, pues serán destruidos de manera retroactiva cuando se determine la nulidad.

Así la nulidad para esta tesis es de dos clases: La nulidad absoluta o de pleno derecho y la relativa o anulabilidad.

La nulidad absoluta se origina con el nacimiento del acto; cuando el acto va en contra del mandato o de la prohibición de una ley imperativa o prohibitiva, esto es, contra una ley de orden público.

El acto nulo absoluto en esta tesis se asimila al acto inexistente y por ello no produce efecto jurídico alguno.

La nulidad relativa, al igual que la absoluta, nace con el acto y lo vicia desde su nacimiento, ese vicio va en contra de una disposición legal establecida en favor de personas determinadas.

En esta tesis el acto inexistente no produce ningún efecto jurídico, aquí el juez solo intervendrá para constatar si el acto existe o no existe.

En la nulidad absoluta, como esta tesis la asimila a la inexistencia, el juez solo debe de constatar si el acto se encuentra afectado de nulidad absoluta o no.

En la nulidad relativa, en tanto no ha sido anulado el acto por una decisión judicial, produce sus efectos, y sin embargo esos efectos se producen provisionalmente, porque la sentencia judicial que pronuncia la nulidad obra con efectos retroactivos, al día del acto, y por consiguiente, todos los efectos producidos se considerarán como no efectuados.

De lo anterior se desprende que para esta tesis clásica la inexistencia no puede llegar a convalidarse por confirmación ni por prescripción, por que no puede confirmarse lo que no existe, tal es el caso también de la nulidad absoluta que al igual que la inexistencia no puede convalidarse ni confirmarse por prescripción, por que el vicio es de tal manera grave que por la voluntad de las partes ni por el tiempo puede darse la convalidación.

Para el acto afectado de nulidad relativa, éste puede convalidarse por prescripción. Se entiende por prescripción como el medio de adquirir bienes o de liberarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo condiciones establecidas.

La convalidación por su parte es el dar valor, ya sea tácito o expreso, a algo que carecía de él, cuando presenta desde su conformación un vicio desde su nacimiento.

La confirmación es el acto unilateral de renunciar en forma tácita o expresa a la facultad de invocar la falta de valor de un cosa.

6.2. TESIS DE JAPIOT.

Japiot "parte por pronunciarse en contra de la sistematización llevada a cabo por la teoría clásica. El sistema de esta teoría fundada en el reparto de las nulidades en categorías preestablecidas, resuelve en "blok" las cuestiones que se proponen resolver, y de ésta manera no puede funcionar de un modo integral y satisfactorio, por que no considera la complejidad de las relaciones de hecho y las necesidades prácticas que la realidad ofrece. Japiot expresa que el complejo de la realidad es excesivo con respecto a las categorías herméticas que apriorísticamente establece la teoría clásica, debe forzarse la realidad para hacerla encuadrar en

estas características, que manera tan simple establecidas, es decir, se confronta el problema de una realidad dinámica y compleja, que no es posible que se haga caber en la simplicidad estática y rígida de las categorías apriorísticas de la teoría clásica, la resolución debe ser según Japiot, dejar el arreglo de los problemas de las nulidades a lo que el juez en cada caso, considere pertinente, sin sujeción a un sistema preestablecido para ello, la doctrina no debe sino trazar las nociones fundamentales, las ideas generales que orientaron al juez.

Este autor elaboro las siguientes ideas; en primer término, la nulidad, es en esencia, una sanción: no tiene por utilidad y por razón de ser, sino asegurar la observancia de la regla que sanciona, esta idea se comprende, pues la nulidad no funciona sino en el caso de que ley sea violada y para efecto de preservar contra las consecuencias de la violación los intereses que la regla violada estaba destinada a proteger, importa pues, no organizar una teoría de las nulidades, sino una generalización de las leyes respecto a las cuales se pronuncian aquellas, como algo accesorio.

Derivado de lo anterior, Japiot encuentra la idea del fin, siendo la nulidad como sanción la forma sancionadora como el derecho pretende asegurar el cumplimiento de sus reglas, es fácil advertir que dicha sanción variará en razón de los diversos fines que las distintas leyes pretenden satisfacer, hay que preguntarse, en cada caso de violación y para el efecto de sancionar la violación con la nulidad, que fines pretendía satisfacer dicha ley; que intereses pretendían proteger, de esta manera la nulidad como sanción, variará en intensidad según el fin más o menos de interés general o particular que la ley aspira realizar.

Ahora bien, además de la consideración del fin de la ley para determinar la nulidad como sanción para el acto violatorio, el juez debe tener en cuenta la idea del medio, esto es, digamos la zona de trascendencia que el acto haya tenido en la realidad social, desde luego, dice Japiot, el caso ha tenido una realidad; aparecerá regularmente celebrada, se habrán producido ciertas consecuencias; la entrega de la cosa del precio, y esta expresión real del acto y sus consecuencias habrá trascendido con mayor o menor amplitud en el medio social, sin que tal medio pueda desconocerse al decretarse la nulidad, dice Japiot, que hay conciliadores indispensables que la equidad impone; hay que poner en equilibrio los intereses en presencia, así

por ejemplo, frente a los intereses respetables de otra persona o los terceros, a un de toda la colectividad. todo este medio debe considerarse al resolver la nulidad.

De esta manera, vista la nulidad, este autor rechaza que pueda imponerse a priori por la ley en categorías, rechaza también, que la nulidad constituye un estado del acto, no hay actos nulos, la nulidad se pronuncia como sanción respecto de los efectos del acto, afirmando que la naturaleza de la nulidad consiste en un derecho de crítica dirigido contra los efectos del acto.

Resumiendo, podemos expresar, que la nulidad para Japiot es una sanción consistente en un derecho de crítica que la ley concede en contra de los efectos de los actos violatorios de ella misma. Esta sanción ha de ser impuesta por la autoridad judicial, juzgando en cada caso, en razón del fin que la ley violada pretendía asegurar y en consideración al medio en que el acto y sus efectos hayan trascendido y apreciado los diversos intereses en presencia, para determinar que efectos del acto han de suprimirse o de mantenerse.

No son posibles, por tanto, las soluciones generales y apriorísticas, sino solo las soluciones distintas para cada cuestión⁴⁰.

6.3. TESIS DE PIEDELIEVRE.

Piedelievre, "dedica la parte más importante de sus tesis a la demostración de que el acto nulo, aun poseído de la nulidad más radical y hasta de la inexistencia, si produce efectos, o sea que es falso el principio que la nulidad impide que el acto produzca efectos, aduce Piedelievre ejemplos, como el de la sociedad de hecho o el del matrimonio putativo, se demuestra que el derecho reconoce efectos a estos actos que son considerados como actos nulos, así concluye al igual que Japiot, que la nulidad se endereza en contra de las consecuencias del acto y no en contra del acto mismo, argumentando en favor de la tendencia hacia el mantenimiento del mayor número de efectos del acto; todo ello en razón de las ideas de buena fe, de responsabilidad y de

⁴⁰ FLORES, Barroeta Benjamín. Lecciones de Primer Curso de Derecho. pag. 229 a 232.

aparición, lógicamente este autor rechaza también las soluciones generales y opta por la que deban darse en cada caso concreto⁴¹.

6.4. TESIS DE BONNECASE

Bonncase se adhiere en principio a la tesis clásica, pero establece respecto de éstas algunas objeciones, al considerar las ideas de Japiot y Piedelievre. "No acepta en su totalidad las tesis que critican a la clásica y así no está conforme con el movimiento de ideas de Japiot y Piedelievre, cuando concluyen que no debe hacerse división entre "nulidades" e "inexistencias" sino solo hablar de "ineficacias", pues con ello se abandonarían al arbitrio del juez, a sus impresiones personales los intereses que deben salvaguardarse, y que son los intereses de las partes en el juicio.

No acepta de la tesis clásica la afirmación de que la inexistencia absorba a la nulidad absoluta y considera que deben emplearse las expresiones de inexistencia por una parte y la nulidad por la otra, pero sin perjuicio de hacer distinciones en el seno de la nulidad⁴².

Así para este autor dice que " el punto más débil y criticable de la tesis clásica es identificar inexistencia y nulidad absoluta"⁴³.

6.4.1. CONCEPTO DE INEXISTENCIA DE BONNECASE

De acuerdo con esta teoría la inexistencia se da cuando al acto jurídico le faltan uno o todos sus elementos orgánicos o específicos o sea los elementos esenciales de definición.

Estos son de dos clases:

- a) uno psicológico.- que se presenta por la manifestación de voluntad del autor del acto o el acuerdo de las voluntades.
- b) Los materiales.- que pueden ser de dos formas:

⁴¹ Ibidem, pag. 233.

⁴² GUTIERREZ Y GONZALEZ, op. cit. pag. 151.

⁴³ Ibidem pag. 152.

1. El objeto del acto.

2. La forma, pero solamente cuando ésta está prescrita por el derecho con el carácter de solemnidad.

Si le falta uno solo de estos elementos, el acto será inexistente, por estar desprovisto de un elemento orgánico o específico.

6.4.2. CARACTERISTICAS DE LA INEXISTENCIA

a) El acto jurídico inexistente no engendra, en su calidad de acto jurídico ningún efecto cualquiera que sea.

b) No es susceptible de convalidarse por confirmación ni por prescripción.

c) Todo interesado, cualquiera que sea, tiene derecho para invocarla.

d) El juzgador sólo constatará la inexistencia.

6.4.3. CONCEPTO DE NULIDAD

Hay nulidad, cuando el acto jurídico se ha realizado imperfectamente en uno de sus elementos orgánicos, aunque estos se presenten completos.

6.4.4. CARACTERISTICAS

a) El acto jurídico nulo, es el que presenta una malformación en uno o en todos sus elementos de existencia, pero éstos, se realizan. Esa malformación puede ser interna o encontrar su origen fuera del acto, en el medio social que reacciona sobre él.

b) Si el acto nulo es una realidad y lo es desde el momento en que ha nacido a la vida jurídica, por imperfecto que sea, efectúa, en tanto no es destruido, la función de un acto regular.

Aunque después el acto se anule por una decisión judicial, no es menos cierto que constituyó en la vida social un centro jurídico alrededor del cual pudieron ligarse múltiples intereses.

c) No es de la esencia de la nulidad que al destruirse el acto, todo desaparezca con él, pues la idea de retroactividad no está de modo absoluto, ligado a la noción clásica de nulidad. La estabilidad social unida a la comprobación de la inexistencia temporal del acto, determina que el equilibrio de los intereses sea salvaguardado; este resultado no será posible de obtenerse en numerosas hipótesis sino por el mantenimiento de los efectos del acto anulado. Que se haga intervenir en esta ocasión la idea de buena fe o cualquier otro, es perfectamente justo. Pero la explicación no vale sino en consideración previa; de la idea, de que la nulidad de un acto no impide su existencia.

Bonnet hace una doble clasificación de la nulidad y la distingue como de interés general y de interés privado.

- a) Nulidad absoluta o de interés general.
- b) Nulidad relativa o de interés privado.

6.4.5. CARACTERÍSTICAS DE LA NULIDAD ABSOLUTA

- a) Puede invocarse por cualquier interesado.
- b) No desaparece por la confirmación del acto, ni por prescripción.
- c) Necesita ser declarada por la autoridad judicial.
- d) Una vez declarada, se retrotrae en sus efectos y destruye el acto por regla general, desde su nacimiento.

6.4.6. CARACTERISTICAS DE LA NULIDAD RELATIVA

Para Bonnecase "es relativa toda nulidad que no corresponde rigurosamente a la noción de nulidad absoluta"⁴⁴.

Así nulidad relativa es aquella que no cumple con las características de la absoluta y tienen sólo como semejanza ambas nulidades, el que una vez declaradas por la autoridad judicial, el acto impugnado es integral y retroactivamente destruido.

Esta postura es la que sigue nuestro Código Civil, influenciado por la teoría de Bonnecase, respecto a la división que se hace de inexistencia, de nulidad absoluta y de nulidad relativa, de acuerdo con los artículos 8, 2224, 2226, 2227 y 2228.

7. CAUSAS DE NULIDAD EN EL TESTAMENTO

7.1. OBJETO, MOTIVO, FIN ILICITO.

Cuando en el testamento se persiga un fin ilícito por el testador, estará afectado de nulidad absoluta de acuerdo con el artículo 8 del Código Civil " los actos ejecutados en contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario" y sancionado por el 2225 " la ilicitud en el objeto, fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya sea absoluta, ya sea relativa, según lo disponga la ley".

El Código establece que cuando el acto jurídico, en general, persiga un fin ilícito será nulo, ya sea absoluto ya sea relativo, según lo disponga la ley, es decir, el legislador es quien establece en que casos se afectará de nulidad absoluta o relativa cuando el acto persiga un fin ilícito. Pero en lo referente al testamento, no existe ninguna disposición especial que determine el tipo de nulidad con que se afecta un testamento, cuando el testador persiga un fin ilícito, por tanto debe clasificarse como una nulidad absoluta.

⁴⁴ *Ibidem* pag. 156.

7.2. POR INCAPACIDAD

La capacidad de ejercicio es un elemento que se requiere para la validez de los actos jurídicos. de acuerdo con el artículo 1305. " Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho". Así están incapacitados para testar, según el artículo 1306:

" I.- Los menores que no han cumplido dieciséis años de edad, ya sean hombres o mujeres:

II.- Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio".

Si un incapaz realiza un acto jurídico, este acto se afectará de una nulidad relativa, "la incapacidad es una causa de invalidez que origina la nulidad relativa del contrato o del acto jurídico en general"⁴⁵.

La capacidad de ejercicio no es un elemento esencial en los actos, por lo tanto existen jurídicamente; estos casos son susceptibles de ratificación para quedar convalidados retroactivamente o bien para prescribir la ineficacia que los afecta.

En el testamento, la enajenación mental origina una forma de incapacidad, pero, cuando se tienen momentos de lucidez se puede testar, siempre que el testador se encuentre en un momento de esta naturaleza y observando lo que indica el propio Código.

Cuando el testamento es hecho por un incapaz, este testamento será nulo. Existen dos teorías, acerca de que si esta nulidad es absoluta o es relativa.

7.2.1. TESIS DE LA NULIDAD RELATIVA

Esta tesis sostiene que el testamento hecho por un incapaz se encuentra afectado de nulidad relativa, por que la acción es prescriptible.

⁴⁵ ROJINA, op. cit. pag. 324.

Se basa en el precepto general sobre nulidad de los actos jurídicos, ya que en el Código no se encuentra ninguna disposición que imponga o fije un término de prescripción de la nulidad del testamento hecho por un incapaz.

Así en el artículo 2236 dice " La acción de nulidad fundada en incapacidad o en error puede intentarse en los plazos establecidos en el artículo 638 ..."

Artículo 638 " La acción para pedir la nulidad prescribe en los términos en que prescriben las acciones personales o reales, según la naturaleza del acto cuya nulidad se trate".

El término que considera esta tesis para que prescriba el testamento hecho por incapaz, es de 10 años, ya que se considera como una acción real, según el artículo 3 del Código de Procedimientos Civiles; concluyen diciendo que el testamento hecho por un incapaz es susceptible de prescripción, bastando este solo dato para considerar la nulidad como relativa.

7.2.2. TESIS DE LA NULIDAD ABSOLUTA

Para esta tesis la nulidad es absoluta, porque la acción es imprescriptible y porque el testamento no es susceptible de confirmación.

Esta tesis considera que la acción es imprescriptible porque el precepto del Código solo debe ser aplicable en materia de contratos, de obligaciones; pero no en materia de testamentos.

Desde el punto de vista doctrinario se considera que la herencia no es un derecho real, sino la transmisión de derechos personales y reales, que integran un patrimonio.

Desde el punto de vista procesal se ha señalado la acción de reclamación de herencia como una acción real, porque principalmente se reclama la propiedad y la posesión de los bienes objeto de la misma.

El testamento hecho en estado de incapacidad, no llega a convalidarse por el tiempo, cualquiera que sea el lapso que transcurra entre la creación del testamento y la muerte del testador. " No se purga el vicio de incapacidad, por que la ley atiende al momento en que se hace el testamento para juzgar de la capacidad"⁴⁶

⁴⁶ Ibidem pag. 329.

En materia testamentaria no existe ratificación tácita; si el testador no rehace el testamento que hizo en estado de incapacidad, cuando haya salido de este estado, bien sea porque llegó a la edad requerida por la ley o, porque recobrará el uso de sus facultades mentales, porque la ratificación se caracteriza por convalidar el acto retroactivamente.

En los actos jurídicos el tiempo de prescripción comienza a correr una vez determinado el acto. En materia de testamentos el término de prescripción no corre, porque no tendría sentido, ya que el testador no necesita ejercitar una acción de nulidad, es decir, no necesita promover un juicio cuando llegue al estado de capacidad, para que se declare que su testamento es nulo, sino que lisa y llanamente hace un nuevo testamento y queda revocado el anterior.

Según esta tesis, no hay un término expreso de prescripción, y como el término general en nuestro derecho está limitado a las obligaciones, por no exigirse su cumplimiento, es decir, exclusivamente a las acciones personales, se deduce de aquí que al no existir ese término, ni aplicación del general de diez años, la acción será imprescriptible.

La ratificación en materia de testamentos, no es posible, porque la ratificación desde el punto de vista jurídico, requiere como elemento esencial la convalidación retroactiva del acto, "si no hay convalidación retroactiva no hay ratificación"⁴⁷.

Ratificar un acto no quiere decir volverlo a celebrar para que surta sus efectos a partir de ese nuevo momento, sino observar las formalidades omitidas o confirmarlo en el caso de vicios de la voluntad, para que el acto surta sus efectos desde que se otorgó y no desde que se cumple el requisito omitido.

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

Para esta teoría, de acuerdo a lo anterior, no hay prescripción ni ratificación, además, la acción puede intentarse por los presuntos herederos legítimos excluidos en el testamento, por el

⁴⁷ Ibidem pag. 331.

Ministerio Público, por los herederos o legatarios instituidos a quienes perjudique el testamento; es decir, se deduce de aquí que se trata de una acción que al invocarse por cualquier interesado, el testamento se afecta con nulidad absoluta.

7.3. LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD

La voluntad en el testamento, al igual que en cualquier otro acto, debe ser libre y cierta, es decir, exenta de vicios, si el testador manifiesta su voluntad sin libertad, es víctima de la violencia; si no la manifiesta en forma cierta, es víctima del error o del dolo.

En el testamento no puede darse el caso de error destructivo de la voluntad, " por que como se forma por la manifestación de una sola voluntad, basta con que se otorgue, aunque exista algún vicio o el sujeto sea incapaz, para que exista el elemento volutivo"⁴⁸. En este último caso que se menciona, existen casos de excepción, que son, en los de enajenación mental absoluta o respecto de los actos ejecutados por los infantes, pues en ambos casos no habrá voluntad para realizar el acto jurídico, por lo que éste será inexistente.

En el testamento, sin considerar el problema planteado anteriormente, no puede existir el error obstáculo destructivo de la voluntad " porque cualquiera que sea la manifestación que haga el testador, aunque esté viciada por incapacidad, error, dolo o violencia, existe una voluntad"⁴⁹, por que ésta es el elemento esencial de existencia del testamento.

En el llamado error nulidad, que vicia la voluntad, éste si se encuentra en el testamento, y es el que recae sobre el motivo determinante de la voluntad, de tal manera que de haberse conocido no se hubiese celebrado el acto jurídico, de acuerdo con el artículo 1813 " el error de derecho o de hecho invalida la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebra éste, en el falso supuesto que lo motiva y no por otra causa".

⁴⁸ Ibídem pag. 332.

⁴⁹ Ídem.

El artículo 1301 nos dice del error- nulidad del testamento. "las transmisiones hechas a título universal o particular por una causa errónea, que se exprese en el testamento y que sea la causa impulsiva y única que determinó la voluntad del testador, quedarán sin efecto jurídico alguno; es decir serán nulos".

El error nulidad puede ser de hecho o de derecho. El Código anterior, lo mismo que el 1870, sólo aceptaban el error de hecho en los actos jurídicos, y consideraban que la observancia de la ley supone un conocimiento de la misma por todo el mundo, por una presunción legal, de tal manera que la ignorancia de la ley a nadie aprovecha; que el error de derecho sería una forma de invocar la ignorancia de la ley, en este caso aprovecharía a quien se dijera víctima de un error jurídico. Por esto no se admitió el error de derecho en los Códigos anteriores.

En el Código vigente se admite este error de derecho, para el contrato y el testamento, ya que este error recae sobre el motivo determinante de la voluntad, originando así la nulidad del acto jurídico en general; pero en el testamento, como ya se explicó anteriormente, se origina la nulidad absoluta, ya que no es posible convalidarse por confirmación ni por prescripción.

El maestro Rojina Villegas expone un ejemplo en relación a este cuestionamiento "en el testamento puede el testador ... declarar que instituye heredero a un sobrino porque según la ley el hijo natural reconocido, no puede heredar⁵⁰. Aquí aparece un error de derecho del testador, porque el hijo natural reconocido, aun en el caso de intestado, hereda por disposición expresa del Código Civil. En el Código actual, por consiguiente, este error motivará la nulidad del acto.

En este ejemplo, se aprecia claramente la protección que hace el derecho al testador, debido a que su falta de conocimiento de la norma legal, ya que de haberlo conocido tal disposición, éste no lo hubiera realizado de esa forma.

Nulidad por dolo.- se alude al dolo como vicio separado del error, y tal parece que el dolo por sí mismo es motivo de nulidad, de acuerdo con el artículo 1815, "Se entiende por dolo en los contratos, cualesquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe la disimulación del error de los contratantes una vez conocido".

⁵⁰ Ibidem pag. 334.

Estas disposiciones de contratos son aplicables en materia de testamentos por determinación del artículo 1859, conforme al cual todo lo relativo a contratos será aplicable a las convenios y a los actos jurídicos en tanto que no contrarié la naturaleza de los mismos.

Así en materia de testamento se entiende por dolo " cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él al testador "⁵¹.

El dolo, anula el testamento, cuando este induzca al error de manera determinante a la voluntad, así todo lo relativo de la nulidad por incapacidad o por error, se aplica a la nulidad por dolo.

Nulidad por violencia.- La violencia puede ser física o moral, sobre su persona o sobre sus parientes, sobre su cónyuge, y en uno y otro caso implicará la nulidad del testamento.

La nulidad que se origina con motivo de la violencia se considera como relativa para el acto jurídico en general, y para el testamento como absoluta; de acuerdo con el artículo 1485 " es nulo el testamento que haga el testador bajo la influencia de amenazas contra su persona o sus bienes, o contra la persona o bienes de su cónyuge o de sus parientes".

Nulidad por falta de forma.- Los actos jurídicos se clasifican, en nuestro derecho en solemnes, formales y consensuales. Respecto a los testamentos; el principio general es: " Los testamentos son actos jurídicos, solemnes en cuanto a la categoría o forma sustancial"⁵². Pero dentro de cada una de esas formas substanciales, deben observarse determinadas formalidades, cuya violación originaría la nulidad del testamento de que se trate. La manifestación de la voluntad debe ser hecha constar por escrito, pero excepcionalmente puede hacerse verbalmente.

Los testamentos se clasifican en: ordinarios y especiales. Los testamentos ordinarios; son solemnes, es decir, que debe de cumplirse con un conjunto de formas, que reunidas dan la categoría o tipo formal correspondiente al testamento de que se trate, de tal manera que si no se observan no llega a constituirse ese molde formal.

El testamento ordinario puede ser: el público abierto, el público cerrado y el ológrafo.

⁵¹ Ibidem pag. 335.

⁵² Ibidem pag. 339.

En el testamento Público Abierto.- La formalidad consiste en manifestar la voluntad ante notario, para que conste en escritura pública.

En el testamento Público Cerrado.- La formalidad consiste, en que el testador manifiesta su voluntad en un documento privado redactado por él y autorizado por su firma, con la particularidad de que se entregue en un sobre ante notario, para que éste haga constar en el sobre, ante testigos, que el sobre contiene su testamento.

En el testamento Ológrafo .- Es el hecho de puño y letra del testador, que también se contiene en un sobre cerrado que se deposita ante el director del Registro Público de la Propiedad, funcionario que hace constar en el sobre la circunstancia de que en él se contiene el testamento.

Testamentos especiales: estos son el privado, el militar, el marítimo, y el hecho en país extranjero. Por regla general son formales, en estos se requiere que la voluntad del testador conste en un documento; pero el testamento privado y el militar, en casos de suma urgencia, en que no haya tiempo de hacer la redacción por escrito o en que el testador y los testigos no sepan escribir, es válida la manifestación verbal ante esos testigos, que después serán examinados, y si sus dichos concuerdan se considerará a la manifestación verbal de su voluntad que hizo a través de testigos, como testamento.

Cuando no se observa la formalidad exigida por la ley para los testamentos ordinarios o para los especiales, el testamento es nulo, en general la inobservancia de las formas exigidas origina la nulidad relativa del acto jurídico, si no se trata de actos solemnes, así cuando no se observa el molde formal, entonces al omitirse la solemnidad, el testamento será inexistente.

En el caso de los testamentos especiales, debido a la característica de urgencia de estos, no se habla de solemnidad, sino de formalidad y, cuando no se cumpla con las formas establecida por el Código, el testamento estará afectado de una nulidad absoluta.

CAPITULO III

DEL CUMPLIMIENTO PARCIAL DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR

Hasta ahora se ha dicho que en todo acto jurídico necesariamente debe de existir una manifestación de voluntad, con intención, de que se produzcan determinadas consecuencias de derecho, pero ésta debe ser sancionada y reconocida por la norma jurídica.

Analizaremos en este capítulo los casos en que a pesar de que el testamento se hubiere realizado conforme a lo que establece el Código, es decir, que reúna los elementos esenciales, para su existencia y los de validez, no se respeta íntegramente la voluntad del testador.

Así primeramente partiremos del estudio de la institución de heredero, de las condiciones que el derecho reconoce para atribuirle efectos jurídicos, es decir en los casos en que sí se respeta íntegramente la voluntad del de cuius; además, de las condiciones que se tienen por no puestas y cuales son nulas o implican a su vez la nulidad de la disposición testamentaria; así como, de la naturaleza de la sustitución y sus efectos.

1. INSTITUCION DE HEREDEROS

Por virtud de la institución, los bienes se transmiten al heredero o legatario en el momento mismo de la muerte del autor de la herencia; refiriéndose tanto al dominio como a la posesión, aunque no tengan el corpus de la posesión, ya que el albacea posee a nombre de los herederos.

Todos los beneficios o efectos jurídicos de la posesión recaen sobre los herederos y legatarios, quienes pueden ejercitar todas las acciones posesorias, a pesar de que hasta el momento de la partición no se les entreguen materialmente los bienes " a la muerte del autor de la sucesión los herederos, adquieren a la masa hereditaria como a un patrimonio común, mientras no se hace la división " (artículo 1288). El legatario adquiere el derecho al legado puro y simple así como al de día cierto, desde el momento de la muerte del testador.

La institución de heredero puede ser hecha en forma pura o bajo condición, en la primera se producen todos los efectos cuando la sucesión se causa, es decir al momento en que muere el testador; en la segunda queda sujeto a la realización de la condición.

En el derecho romano se hablaba del dies cedit y del dies venit: ceder el día; el derecho se había causado, había nacido; venir el día, la efectividad del derecho en que se realizaba con todas sus consecuencias.

Se distingue entre:

a) Institución Pura o Simple.- Los derechos del testador se transmiten desde el momento en que se causa la herencia; coinciden el dies cedit y el die venit.

En esta institución no se presenta ningún problema, ya que se cumple totalmente la disposición de última voluntad del testador, que es respetada cabalmente, produciéndose todas sus consecuencias desde el día en que se causa, " Los herederos pueden instituirse sin sujetar su designación a modalidades (condiciones, términos, cargas o mancomunidades)"⁵³.

b) Institución Condicional.- De acuerdo con el artículo 1344 es aquella en la que "el testador es libre para establecer condiciones al disponer de sus bienes".

Es pertinente distinguir en esta parte la condición de la carga. La condición es el acontecimiento futuro e incierto, del cual depende el nacimiento o la resolución de derechos y obligaciones. Existe una liberalidad condicional, cuando su efecto queda subordinada a la realización de una condición propiamente dicha, que puede ser suspensiva o resolutoria.

El modo es una carga impuesta al que recibe una liberalidad. No suspende ni resuelve el vínculo contractual, pero constriñe y obliga al aceptante a efectuar las cargas que se le imponen. No modifica el contrato, sino que constituye en él una prestación accesoria.

El modo difiere de la condición en que no depende de un acontecimiento futuro e incierto. No suspende el derecho del donatario o vendedor, como la condición suspensiva; no hace incierto el nacimiento de ese derecho, el acto produce inmediatamente efectos. El modo obliga a la ejecución impuesta, la inexecución del modo no opera de pleno derecho la resolución del acto, como la condición suspensiva; es solamente una causa de revocación, que debe ser invocada y

⁵³ ROJINA, op. cit. pag. 48.

en caso de incumplimiento del modo, su ejecución puede ser demandada y no necesariamente la revocación. Por sus efectos, el modo se parece a la condición resolutoria, cuando la carga no es ejecutada, la revocación del acto puede ser demandada y tiene por efecto hacer desaparecer retroactivamente el acto jurídico.

Josserand y Capitant nos dicen a este respecto " la carga mira a los bienes y la condición apunta a la persona"⁵⁴. Así mismo Savatier, Planiol y Ripert dicen que " la condición produce efectos de pleno derecho; la carga es una obligación que no produce efectos sino bajo el control de la justicia"⁵⁵.

La liberalidad con cargas esta afectada de una condición implícita; que si el legatario no las cumple o ejerce se expone a que se pronuncie en su contra la resolución de la liberalidad, según el artículo 1381 "la carga de hacer alguna cosa se considera como condición resolutoria".

2. CLASIFICACION DE LAS CONDICIONES

Las condiciones pueden ser: a) posibles o imposibles; b) suspensivas o resolutorias, c) potestativas, causales o mixtas; d) afirmativas o negativas, Además algunas se tendrán por no puestas y otras, anulan la institución.

a) Condiciones Posibles e Imposibles.- las primeras son aquellas que físicamente y jurídicamente son realizables, es decir, que no existe ningún impedimento para que surta efectos la voluntad del testador, al momento en que se cumpla con la condición, "es la condición común, y se presenta si el acontecimiento futuro y contingente puede o no suceder"⁵⁶.

En las segundas, unas, son imposibles por su propia naturaleza y otras por disposición de la ley. Según el artículo 1347 " la condición física o legalmente imposible de dar o hacer, impuesta al heredero o legatario anulan su institución ", es decir que esta condición no es susceptible de tomarse en cuenta porque nunca llegará a realizarse y se tiene la certeza de ello.

De lo anterior resulta que la condición imposible es de dos tipos :

⁵⁴ IBARROLA, op cit. pag. 741.

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ GUTIERREZ Y GONZALEZ, op. cit. pag. 770.

1.- Físicamente imposible.

2.- Jurídicamente imposible.

1.- Físicamente imposible.- Es la que considera un acontecimiento que va en contra de una ley de la naturaleza que necesariamente debe regir, y por lo mismo resulta un obstáculo insuperable para su realización.

2.- Jurídicamente imposible.- Es el que considera como base una relación jurídica que resulta irrealizable de acuerdo con los principios de derecho vigentes. Según el artículo 1943 " Las condiciones imposibles de dar o de hacer, las prohibidas por la ley o que sean contrarias a las buenas costumbres, anulan la obligación que de ellas dependa".

Respecto a las condiciones imposibles, tanto en sentido físico como jurídico, el artículo 1347 dispone que será nula la institución de heredero o de legatario que de ellos dependa. El artículo 3251 del Código Civil de 1884 declaraba no puesta la condición física legalmente imposible y, por tanto, válida la institución de heredero o legatario. " en nuestro concepto ambas soluciones son falsas. En efecto si se trata de una condición suspensiva imposible, la institución de heredero debe ser inexistente, toda vez que jamás podrá llegar a nacer su derecho, pues por hipótesis se sabe de antemano que el acontecimiento futuro e incierto nunca tendrá realización, si es imposible la condición resolutoria entonces la institución debe ser válida, pues por adelantado se tiene la certeza de que jamás se realizará el acontecimiento futuro e incierto del cual dependa que se resuelva el derecho del heredero, es decir, éste para nada resultará afectado en cuanto a su existencia jurídica"⁵⁷.

Rojina Villegas, de acuerdo con la exposición anterior dice que es falsa la solución de ambos Códigos ya que en el vigente se declara nula toda institución de herederos o legatarios que dependa de una condición imposible " si ésta es suspensiva, se trata de una inexistencia porque jamás llegará a nacer el derecho, y si es resolutoria no puede haber nulidad sino, al contrario, plena validez y eficacia de la institución, dado que jamás podrá resolverse o extinguirse el derecho del heredero o legatario"⁵⁸.

⁵⁷ ROJINA, op. cit. pag. 50.

⁵⁸ Idem.

Para el Código vigente se declara nula la institución de heredero, ya sea por una condición suspensiva imposible o resolutoria imposible. Mientras que para el Código de 1884 estas condiciones se declaraban no puestas y por tanto válida la institución.

b) Suspensiva o Resolutoria.- Es posible subordinar las instituciones de herederos a condiciones suspensivas o resolutorias, aunque no se les puede sujetar a término, como posteriormente se verá.

La condición suspensiva.- Es un acontecimiento futuro de realización incierta del cual depende la existencia de un acto jurídico, de un derecho o de una obligación. Por lo que respecta a la institución de heredero estará sujeta a condición suspensiva cuando su existencia misma dependa de un acontecimiento futuro de realización incierta, es decir si se cumple la condición impuesta por el testador nacerá el derecho del heredero; ahora bien si no se cumple con esa condición la institución caduca, en el caso de que no exista sustituto y de acuerdo con el artículo 1599 en su fracción III se abre la sucesión legítima por la parte alicuota asignada al heredero.

Pero si existe sustituto, éste recibirá la parte asignada al heredero, de acuerdo con el artículo 1476 que a la letra dice " Los sustitutos recibirán la herencia con los mismos gravámenes y condiciones con que debían recibirlos los herederos, a no ser que el testador haya dispuesto expresamente otra cosa o que los gravámenes o condiciones fueren meramente personales del heredero".

La condición resolutoria.- Es un acontecimiento futuro de realización incierta del cual depende la resolución de un acto jurídico, de un derecho o de una obligación.

La afectación a la institución de heredero. Cuando se impone una condición resolutoria y al realizarse ese acontecimiento futuro e incierto, se tendrá que resolver en forma retroactiva, destruyéndose, por tanto, en todo su alcance el derecho del heredero, quien para los efectos legales se debe considerar como no instituido y, por tanto, deberá ser objeto de sucesión legítima la parte alicuota que se le hubiere asignado. Cumplida la condición resolutoria que afecta la institución de heredero, deben volver las cosas al estado que tenían antes, como si la institución no hubiese existido, retro trayéndose al día y hora de la muerte del testador, a menos que éste hubiere dispuesto otra cosa.

Si el testador dispuso el nombramiento de un sustituto, se le aplicará lo relativo al artículo 1476. ya transcrito. Si no se estableció sustituto; la parte alicuota que se hubiere asignado al heredero será objeto de sucesión legítima.

Tanto las condiciones suspensivas como resolutorias para que sean reconocidas por el derecho, deberán ser lícitas y posibles en sentido físico y jurídico, ya que la licitud y la imposibilidad motivarán la nulidad de la institución de heredero o legatario y, "debemos concluir que las condiciones prohibidas por la ley o contrarias a las buenas costumbres, anulan la institución que de ellas depende"⁵⁹.

2.1. EFECTOS DE LAS CONDICIONES

1.- Mientras no se cumpla la condición suspensiva el derecho del heredero o legatario no puede nacer, su existencia depende justamente de un acontecimiento futuro de realización incierta " El heredero no puede hacer efectivo su derecho, ni entrar en posesión de los bienes"⁶⁰.

Si la condición es resolutoria, el derecho del heredero o legatario nace desde luego, como si fuera pura y simple, pero su subsistencia jurídica dependerá de que no se realice la condición.

2.- Al cumplirse la condición suspensiva se retrotraen sus efectos y el derecho del heredero o legatario se tiene por existente desde el día y hora de la muerte del testador.

Respecto de las condiciones resolutorias, una vez cumplidas, se destruye o resuelve el derecho del heredero o del legatario, con alcance retroactivo, a menos que el testador hubiese dispuesto otra cosa, " la falta de cumplimiento de la condición resolutoria, extinguen la institución de heredero o legatario"⁶¹.

3.- Si el heredero fallece antes del cumplimiento de la condición, caducan sus derechos, a pesar de que posteriormente se realicen el acontecimiento futuro; es decir, no ingresa a su patrimonio, y por lo tanto a los herederos de éste no se les transmite ningún derecho. Según el artículo 1336 del Código Civil " El heredero por testamento que muera antes que el testador o

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ IBARROLA, op. cit. pag. 747.

⁶¹ Idem.

antes que se cumpla la condición; el incapaz de heredar y el que renuncia a la sucesión, no transmiten ningún derecho a sus herederos"

4- Cuando exista certeza de que la condición suspensiva no podrá cumplirse por haber transcurrido el plazo que se señaló para su realización o bien, porque dada su naturaleza no podrá tener verificación en cierta época, entonces el derecho del heredero o legatario no nace y para este caso deberá abrirse a sucesión legítima por la parte que se le hubiese asignado, si es que no se nombro sustituto, ya que éste recibiría la herencia, de acuerdo con el artículo 1476 del Código Civil.

5.- En toda sustitución o institución condicional, tanto el instituido como el sustituto necesita tener capacidad para adquirir la herencia al tiempo de realizarse la condición impuesta. Puede el sustituto no estar afectado por la condición, ya sea que así lo haya dispuesto el testador o porque las condiciones fueren meramente personales del heredero.

2.2. CONDICIONES NULAS

En este aspecto las condiciones que son considerada nulas expresamente por la ley son las ilícitas en sentido general; además de las que imponen al heredero o legatario la obligación de hacer alguna disposición en favor del testador o de otra persona, según el artículo 1349 del multicitado Código Civil; así como las que sean contrarias a las leyes prohibitivas, imperativas, de interés público o las buenas costumbres.

Las condiciones imposibles, tanto en sentido físico como jurídico, el artículo 1347 dispone que será nula la institución de heredero o legatario.

La imposibilidad de la condición debe juzgarse en el momento de la muerte del testador y no en el de la creación del testamento, "Pues lo que importa es que el hecho sea posible o imposible una vez abierta la sucesión testamentaria, ya que hasta entonces existirá la posibilidad jurídica de que el heredero pueda adquirir"⁶².

⁶² ROJINA, op. cit. pag. 52.

La condición ilícita, se presenta en dos casos en materia sucesoria; que son la llamada condición de tomar o dejar estado civil y la condición captatoria.

El artículo 1358 dice que " La condición impuesta al heredero o legatario, de tomar o dejar estado, se tendrá por no puesta".

Respecto a la condición captatoria, el artículo 1349 declara que "Es nula la institución hecha bajo la condición de que el heredero o legatario hagan en su testamento alguna disposición en favor del testador o de otra persona".

En lo referente a la sustitución fideicomisaria, que en esencia es una condición captatoria, el Código considera a la sustitución fideicomisaria como no puesta, pero la institución de heredero o legatario será válida según el artículo 1474.

El Código atribuye diferentes consecuencias a la condición captatoria y a la sustitución fideicomisaria, "Proplamente en el fondo sólo existe una diferencia en cuanto a la forma, pues si el testador prohíbe enajenar para que los bienes pasen a un tercero al morir el heredero, la institución es válida y sólo la disposición fideicomisaria se tiene por no puesta. Por el contrario, si es el testador el que directamente impone al heredero la obligación de transmitir parte o la totalidad de los bienes a un tercero, entonces la ley considera que la institución misma debe ser nula, por haberse subordinado su eficacia al cumplimiento previo de ese deber que por ser ilícito no deberá cumplirse, impidiéndose así que a su vez se realice la condición"⁶³

Es oportuno, en este momento hacer una reflexión, acerca de lo que se entiende por interés público, esto en relación, a la limitante que representa para la voluntad del testador. Así tenemos que el interés público es " lo que beneficia a la comunidad"⁶⁴ regulado por el derecho público, según la teoría del interés en juego. Este concepto es sumamente vago, por que los autores de esta teoría no se preocuparon en definirlo.

Para la Real Academia de la Lengua Española el tener interés significa, atribuir valor o importancia a su realización, independientemente de que resulte o no intrínsecamente valiosa; por lo que respecta a público, se refiere a la importancia de que se realice sea para todos aquellos

⁶³ Ibidem. pag. 53.

⁶⁴ GARCIA, Mainez Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, 40ª ed. Ed. Porrúa, pag. 132.

sujetos que conforman una sociedad, de lo anterior podemos decir que es el valor o importancia que una sociedad tiene para que se cumpla o se realice en beneficio de todos; pero esto es meramente subjetivo, ya que es el legislador quien decide que es lo valioso y que no lo es, quedando a su arbitrio " éste será quien establezca en cada caso, según sus personales convicciones que intereses son de orden público y cuáles de naturaleza privada"⁶⁵.

Así el legislador es quien establece su criterio, y en ocasiones se comporta como verdadero dictador, imponiendo su voluntad sobre los principios inmutables de justicia y equidad consagrados en el derecho natural , quedando esta decisión "sujeta a consideraciones de oportunidad, fundamentalmente políticas, que le quitan todo valor científico"⁶⁶.

3. INSTITUCION CON CARGAS

La carga o modo se define como " toda obligación excepcional que se impone al adquirente de un derecho, sea oneroso o gratuito"⁶⁷. Trasladada esta definición al campo de la institución testamentaria, es cuando el testador impone al heredero una determinada obligación excepcional de dar, de hacer o de sufrir algún gravamen sobre los bienes que se transmiten al citado heredero. "En realidad se afecta la institución con un legado"⁶⁸.

El artículo 1394 establece que "el testador puede gravar con legados no sólo a los herederos, sino a los mismos legatarios" y de acuerdo con el artículo 1393 " el legado puede consistir en la prestación de la cosa o en la de algún hecho o servicio".

Cuando la carga consiste en la entrega de una cosa puede consistir en la transmisión del dominio o sólo la transmisión temporal del uso o goce, así también la carga puede comprender la constitución de los derechos de usufructo, uso, habitación o de servidumbres.

El modo o carga como ya se menciona se traduce en un legado, como se explicará a continuación, aunque solo se hará mención del legado de usufructo, por la importancia que

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ GUTIERREZ Y GONZALEZ, op. cit. pag. 420.

⁶⁸ ROJINA, op. cit. pag. 57.

representa, aunque existen otros tipos, como el de cosa propia, de cosa ajena, de cosa determinada, de géneros, etc.

El legado tiene dos acepciones, por una parte se entiende como al acto de transmisión a título particular de una cosa o derecho, y por la otra se entiende como los objetos transmitidos " generalmente el legislador cuando emplea la palabra legado, se esta refiriendo al objeto transmitido, es decir, a la cosa o al derecho objetos de una disposición testamentaria título particular"⁶⁹.

El legado consiste en la transmisión gratuita y a título particular hecha por el testador, de un bien determinado o susceptible de determinarse, que puede consistir en una cosa, en un derecho, en un servicio o hecho, en favor de una persona y a cargo de la herencia de un heredero o de otro legatario, cuyo dominio y posesión se transmite en el momento de la muerte del testador si se trata de cosas determinadas o hasta que éstos se determinen posteriormente.

Legado de usufructo, uso, o habitación.- Este tipo de legado el testador, lo instituye para que durante la vida del legatario sea titular de esos derechos reales, este derecho real que adquiere el legatario será vitalicio, si no se dispuso expresamente término para el legado, artículo 1469 " Los legados de usufructo, uso, habitación o servidumbre, subsistirán mientras viva el legatario, a no ser que el testador dispusiere que duren menos".

Puede dejarse el legado de usufructo, uso o habitación a personas morales que tengan capacidad para adquirir bienes, pero para este caso, por disposición expresa de la ley sólo durará veinte años, según el artículo 1470 del Código Civil.

4. DEL TERMINO EN LA INSTITUCION DE HEREDERO

El término se entiende como un acontecimiento futuro de realización cierta, del cual depende la eficacia o la resolución de derechos y obligaciones.

⁶⁹ Ibidem pag. 75.

El término es un acontecimiento que necesariamente llegará en un futuro, y con él, la obligación se volverá exigible o se extinguirá, según sea el caso, así tenemos que el término puede ser suspensivo o resolutorio.

El término suspensivo.- es el acontecimiento futuro de realización cierta, al cual se sujeta la eficacia de una obligación.

El término resolutorio - es el acontecimiento futuro de realización cierta, del cual depende la extinción de una obligación.

Como ya se vio anteriormente el legado si puede ser sujeto a término, ya sea este voluntario o establecido por la ley como se desprende de la lectura de los artículos 1463, 1466, 1467, 1469 y 1470 del Código Civil.

Pero para la institución de heredero, ésta no puede verse afectada por el término, ya que se da una imposibilidad jurídica, que resulta de un texto expreso de la ley, de acuerdo con el artículo 1380 que establece " No obstante lo dispuesto en el artículo 1344, la designación del día en que deba comenzar a cesar la institución de heredero, se tendrá por no puesta".

A este respecto cuando el testador, desconozca esta disposición legal , afecte una institución a término, esta simplemente se tiene por no puesta, considerando que es una forma de limitar en exceso la voluntad del de cujus; porque no se respeta la verdadera intención, y que por su ignorancia se le castiga y el legislador impone su voluntad sobre la del testador.

Para este problema el profesor Rojina Villegas nos dice que "sólo por razones de tipo tradicional se sigue consagrando en los Códigos la prohibición de sujetar la institución de heredero a término suspensivo o extintivo"⁷⁰, ya que existe una técnica jurídica que puede solucionar este problema; continúa diciendo. "puede solucionarse el caso sin que la herencia quede sin titular, evitándose así el inconveniente de que el patrimonio hereditario carezca de dueño. En efecto, si el heredero queda sujeto a término extintivo, al extinguirse su derecho por la llegada del día prefijado se abrirá la sucesión legítima. Es verdad que el heredero fue un simple usufructuario y los sucesores legítimos adquirirán la propiedad, sólo que este efecto se producirá no el día y hora de la muerte del de cujus, sino hasta la llegada del término. Trantandose del término suspensivo,

⁷⁰ Ibidem pag. 57.

como existe la certeza de que a partir de cierto día adquirirá el heredero, correspondiéndole sólo los frutos de los bienes que reciba desde la fecha de realización del término, deberá también abrirse la sucesión legítima para que entretanto el usufructo corresponda a los herederos por disposición de la ley. No existe inconveniente jurídico alguno para que en el primer caso el heredero sujeto a término extintivo sea un simple usufructuario y en el segundo, para que tal calidad corresponda a los herederos legítimos en espera de que llegue el día que permitirá al heredero testamentario sujeto a término suspensivo recibir lo que se le hubiese dejado.⁷¹

El sistema jurídico, al permitir condiciones suspensivas y resolutorias en la institución de los herederos demuestra que es más grave la situación de incertidumbre respecto a quien o quienes serán en definitiva los titulares de la herencia. "En efecto, cuando el heredero depende de una condición suspensiva existe absoluta incertidumbre en cuanto a su derecho misma y, por lo tanto, a su calidad como continuador del patrimonio hereditario en la parte alicuota respectiva. En cambio, la situación del heredero sujeto a término suspensivo no es incierta porque se sabe de antemano que necesariamente deberá llegar el día señalado por el testador para que reciba su herencia. Entre tanto se cumple el plazo puede el testador designar a otro heredero que estará afectado a un término extintivo, es decir, el mismo plazo sirve de suspensivo para uno y de extintivo para el otro"⁷².

Si el testador no determinó alguna cosa para resolver este problema jurídico, la ley puede solucionarlo fácilmente declarando que se abrirá la sucesión legítima, para que entre tanto llegue el término entren en calidad de usufructuarios los sucesores por intestado; se ve, por consiguiente, que existe un problema jurídico de mayor trascendencia en la institución condicional de herederos, por la incertidumbre propia de esa modalidad.

Respecto al término extintivo, si se le compara con la condición resolutoria, se advertirá, también que si la ley permite en el segundo caso la extinción del derecho por realizarse el acontecimiento futuro e incierto, llamando entonces a los herederos legítimos, también deberá aceptarse igual solución para el caso de que el derecho del heredero depende de un término

⁷¹ Ibidem pag. 58.

⁷² Ídem.

extintivo. Lo única diferencia consiste en que el heredero tendrá el carácter de usufructuario, eliminándose así la incertidumbre en cuando a su calidad, pues necesariamente llegará el día en que los herederos legítimos reciban su parte.

Dada la posibilidad que existe de sustituir siempre al heredero condicional o al sujeto de a término, por un heredero legítimo, jamás quedará vacante o acéfala la herencia.

Si la ley aceptará subordinar la institución de heredero a un término suspensivo o resolutorio, el heredero legítimo remplazaría al testamentario antes de la llegada del plazo, como después de él, según que el término fuera suspensivo o extintivo, solucionando el problema de que quedara acéfala la herencia. "Es verdad que el heredero testamentario quedaría como usufructuario en el caso de término extintivo, así como los herederos legítimos adquirirán tal carácter en la hipótesis del término suspensivo, pero ello no implica inconveniente legal, pues la institución de heredero puede referirse sólo al usufructo, siempre y cuando comprenda el usufructo universal de todo el patrimonio hereditario o de una parte alicuota del mismo. Si la institución se hiciera sobre los bienes determinados, ya hemos visto que conforme a la ley equivale a designar legatario, quien puede sin inconveniente legal alguno, quedar sujeto a término o a condiciones"⁷³.

5. SUBSTITUCION DE HEREDERO COMO ACTO DE VOLUNTAD

El testador se encuentra en libertad para instituir heredero, así como nombrar a un sustituto de aquél, esta figura de la substitución se encuentra permitida en nuestro derecho vigente, pero sólo una de sus formas, de las muchas modalidades que se han presentado a través de la historia. "Nacieron en Roma las substituciones como consecuencia del odio a la sucesión intestada: en las legislaciones se conservan actualmente como muestra de respeto a la voluntad del testador"⁷⁴.

A la substitución se le ha definido como la disposición testamentaria en virtud de la cual una persona es llamada a suceder en defecto de otra o después de ella.

⁷³ Idem.

⁷⁴ IBARROLA, op. cit. pag. 656.

De la definición anterior se desprenden los dos tipos de substituciones, que son la directa, que es cuando uno es llamado a una herencia en defecto de otro; y la indirecta, en la cual uno es llamado a una herencia después de otro.

Esta definición es importante, ya que en nuestro derecho solo está permitida la substitución directa, en una de sus formas, y la indirecta por consiguiente prohibida, en el pasado se han aceptado estas dos formas; teniendo diversos significados, por una parte la directa no tiene más consecuencia importante que la eliminación de los sucesores ab intestato; y la indirecta u oblicua tenían otro alcance social más trascendente, que es la conservación del patrimonio para mantener el esplendor de las familias.

Dentro de la substitución directa se encuentran las siguientes especies: la vulgar, la pupilar, la ejemplar (llamada también cuasi pupilar) y la recíproca; y dentro de la indirecta u oblicua, se encuentra la fideicomisaria.

5.1. SUBSTITUCION DIRECTA

5.1.1. SUBSTITUCION VULGAR

Esta forma de substitución es la única que reconoce el actual régimen jurídico, y ésta ocurre cuando el testador nombra a un substituto para el caso de que el heredero muera antes que él, resulte incapaz, o renuncie la herencia, Teniendo por objeto evitar, en los casos mencionados, que se abra la sucesión legítima, previendo el testador para esos casos que originarán la caducidad de la institución, el nombrar a un substituto para que entre en la herencia.

Se define a la substitución vulgar como "aquella que se hace nombrando a una o más personas al heredero o herederos instituidos, para el caso de que muera antes que él, o de que no puedan o no quieran aceptar la herencia"⁷⁵.

⁷⁵ PINA, Rafael de, Elementos de derecho Civil Mexicano. Vol 2. 6ª ed. Ed Porrúa. pag. 307.

La definición que nos da el Código en su artículo 1472, "puede el testador substituir a una o más personas al heredero o herederos instituidos, para el caso de que mueran antes que él o de que no puedan o no quieran aceptar la herencia".

La substitución vulgar, es una institución de heredero, o dicho de otro modo, es una institución condicional, ya que el substituto es llamado para el caso de que se produzcan alguno de los hechos que se señalan como supuestos de la segunda designación. " Es en realidad una subintestato. la segunda liberalidad queda subordinada a la condición de que la primera caduque"⁷⁶.

De lo anterior se desprende que a la substitución vulgar le son aplicables todas las reglas de la institución condicional, aunque dice el profesor Antonio de Ibarrola "sólo deben aplicarse a la substitución vulgar con muchas reservas y cuando exista una clara razón de analogía."⁷⁷.

Las consecuencias que se producen con este tipo de substituciones son dos:

- a) El heredero substituto no será heredero, en tanto no se cumpla con la condición.
- b) La substitución vulgar elimina la sucesión ab intestato, y también el derecho de acrecer; en las legislaciones en que éste exista.

El derecho de acrecer es una institución que ya no existe en el Código vigente. Este derecho de acrecer fue permitido en los Códigos de 1870 en su artículo 3914 y que el Código de 1884 reprodujo, en su artículo 3653, que a la letra dice " Derecho de acrecer es que la ley concede á un heredero para agregar á su porción hereditaria la que debía corresponder á otro heredero".

Es decir, dos o más personas son llamadas a una misma herencia o a una misma porción de ella, pero si uno de los herederos no podía heredar, ya sea porque renunciara o fuera incapaz de recibirla, el otro u otros lo substituirían, agregando a su porción hereditaria la parte que debiera recibir el que no pudo heredar.

Para que se presentara el derecho de acrecer se requería:

1. Que dos o más personas sean llamados a una misma herencia o a una misma porción de ella, sin especial designación de ella.

⁷⁶ IBARROLA, op. cit. pag. 656

⁷⁷ Idem

2. Que uno de los llamados muera antes que el testador, renuncie la herencia o sea incapaz de recibirla.

El Código vigente no contempla el derecho de acrecer; cuando se presenta este caso se habla de caducidad del testamento y, por lo mismo, "No se acrece la parte de otro heredero, sino que se abre respecto de ellos la sucesión legítima"⁷⁸.

El derecho de acrecer se conserva sólo en el usufructo y en el derecho de autor.

Respecto al derecho de acrecer en el usufructo, el artículo 983 dice: "Si se constituye a favor de varias personas simultáneamente, sea por herencia, sea por contrato, cesando el derecho de una de las personas, pasará al propietario, salvo que al constituirse el usufructo se hubiere dispuesto que acrezca a los otros usufructuarios".

En la Ley Federal Sobre el Derecho de Autor en su artículo 14 establece el derecho de acrecer para el coautor que sobreviva, cuando el coautor que muere no deja herederos.

El derecho de acrecer, en materia hereditaria, es una sustitución de herederos, que el derecho imponía cuando un heredero no podía heredar, acreciendo la porción del otro; tiene una gran semejanza con la sustitución recíproca, donde los herederos son sustitutos unos de otros. La diferencia que existe es que en el derecho de acrecer es impuesto por la ley y, en la sustitución recíproca es el testador quien decide que sean sustitutos unos de otros, siendo permitida ésta, porque existe el elemento volitivo del testador; elemento que carece el derecho de acrecer.

La sustitución vulgar se puede extinguir por las siguientes causas:

- a) Por nulidad del testamento.
- b) Por aceptación de la herencia por el instituido.
- c) Por muerte del sustituto antes del testador.
- d) Por muerte del sustituto antes que el instituido acepte o repudie la herencia.

⁷⁸ GUTIERREZ Y GONZALEZ, op. cit. pag. 646.

5.1.2. SUBSTITUCIÓN RECÍPROCA

Este tipo de sustitución no se menciona en la legislación actual, pero esta forma se encuentra permitida, ya que tan solo es una variante de la sustitución vulgar, y es aquella en la cual los herederos instituidos son sustitutos recíprocamente, es decir, para el caso de que por muerte, incapacidad o renuncia de uno de ellos, se designa el otro como sustituto.

De lo anterior se desprende que para esta forma de sustitución le son aplicables todas las reglas de la sustitución vulgar, así como tener el mismo efecto y las mismas causas de extinción.

5.1.3. SUBSTITUCION PUPILAR

Es aquella en la cual al instituir el testador como heredero a un impúber bajo su patria potestad, le nombra un sustituto, para el caso de que si muriese antes de la edad permitida para testar, no se abriera su herencia legítima, con respecto a los bienes que le dejaba en su testamento.

En el Código Civil de 1928 no se permite esta forma de sustitución, ya que los que ejercen la patria potestad no pueden nombrar sustitutos para los descendientes aun si son menores de 16 años, por existir disposición expresa del propio Código, es decir la cláusula donde se nombra sustituto no será válida por existir una imposibilidad jurídica, y simplemente se tendrá por no puesta.

Caso contrario se daba en el Código de 1870 en el cual en su artículo 3443 que a la letra dice " a los varones menores de catorce años y á las mujeres menores de doce, pueden nombrar sustituto el padre ó ascendiente bajo cuya potestad se hallen, para el caso de que mueran ántes de la edad referida: esto es lo que se llama sustitucion vulgar". (sic)

Aquí nos encontramos con dos criterios diferentes, por una parte el Código actual prohíbe este tipo de disposición, y por el otro el de 1870 lo permite, que según para Colin y Capitant la prohibición se justifica por "consideraciones políticas y por razones económicas"⁷⁹

⁷⁹ PINA, op. cit. pag. 308.

5.1.4. SUBSTITUCION EJEMPLAR

Esta aparece cuando el heredero instituido, mayor de edad, era incapaz por enajenación mental declarada judicialmente, en cuyo caso el testador, que siendo ascendiente nombra heredero al enajenado, le designa sustituto previendo la posibilidad de que la enajenación fuera vitalicia y no pudiera testar, tenía simplemente por objeto evitar también la apertura de la herencia legítima para el caso en el cual la enajenación mental subsistiera y el heredero no pudiera hacer su testamento. En los Códigos anteriores a los de 1928 se aceptaba que el ascendiente nombrara un sustituto al enajenado mental, en lo que respecta a los bienes que le dejaba en su testamento, según el artículo 3444 " El ascendiente puede nombrar sustituto al descendiente mayor de edad, que conforme á derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental; esto es lo que se llama sustitución ejemplar".

En este Código de 1870 se daba la facultad de nombrar un sustituto al heredero, respetándose más fielmente su voluntad, ya que su intención era la de evitar la sucesión legítima, pero en el actual Código este tipo de sustitución se encuentra prohibida, ignorando la voluntad del testador.

Cabe aquí señalar que el mismo Código permite bajo otras figuras llegar al mismo fin que el de la sustitución pupilar: y la ejemplar así mismo la fideicomisarias, esta figura de la cual hablamos se trata del usufructo, que en estudios posteriores analizaremos, pero que el ciudadano común desconoce y al momento de formular su testamento, excepción hecha en el testamento publico abierto, establece una sustitución pupilar, ejemplar o fideicomisaria, le es sancionada por su ignorancia del derecho, al decirse que se tendrá por no puesta, y su voluntad no podrá producir los efectos jurídicos deseados, por encontrarse afectado de una imposibilidad jurídica.

5.2. SUBSTITUCION INDIRECTA

5.2.1. SUBSTITUCION FIDEICOMISARIA U OBLICUA

Este tipo de substitución se encuentra prohibida por la ley, y se le define como aquella en la cual el testador impone al heredero la obligación de transmitir los bienes hereditarios a determinada persona, bien sea durante su vida o cuando muera.

Este tipo de substituciones se encuentra también prohibida en los códigos anteriores, aunque en la Edad Media todavía sí se aceptaba "fue regido por los principios del derecho romano, si bien tenía el carácter singular de no ser el fiduciario un heredero, sino depositario o administrador de la herencia"⁸⁰.

La cláusula fideicomisaria favorece con la institución en forma definitiva a una tercera persona distinta del heredero, es decir, en una forma indirecta, a través de esta cláusula, se impone al heredero la obligación de testar a favor de cierta persona.

El testador es el fideicomitente y el heredero el fiduciario, el tercero el beneficiario o fideicomisario; los bienes que se transmiten se consideran en fideicomiso; por lo que se considera que esta figura de la substitución fideicomisaria como prohibida, ya que se establece una vinculación para ir transmitiendo de generación en generación, lo que es perjudicial tanto a la economía, como a la libertad de testar, que se reconoce en el derecho moderno.

En nuestro actual sistema jurídico no se consideran substituciones fideicomisarias, y por tanto, están permitidas, aquellas en las cuales se deja la nuda propiedad a una persona y el usufructo a otra, no existiendo una diferencia radical respecto a la substitución pupilar, ejemplar y fideicomisaria, puesto que el heredero se consideraría como un usufructuario y el sustituto como el nudo propietario. La única diferencia estriba en la forma en que lo establezca el testador, debido al desconocimiento que se tenga de la figura del usufructo, al momento de formular su testamento, con excepción del público abierto.

⁸⁰ ROJINA, op cit. pag. 391.

Por ese desconocimiento por parte del testador de que tipo de substituciones, ya sea la pupilar, la ejemplar o la fideicomisaria, traen consigo su nulidad, aunque no del testamento, ni de la institución respectiva, es decir la cláusula, donde se establezca la substitución prohibida, se tiene por no puesta, siendo válida la institución; esta solución que da el legislador cambia substancialmente los efectos jurídicos deseados por el testador, que inclusive podría originar la sucesión legítima ante la posibilidad de que al heredero instituido le sobrevenga alguna causa de caducidad y no pueda recibir por testamento, toda vez que la substitución se tiene por no puesta

6.LAS SUBSTITUCIONES PROHIBIDAS COMO INSTITUCION DE HEREDERO SUJETA A TERMINO.

Como se ha dicho anteriormente, la substitución vulgar es una institución de heredero condicionada; siendo esta permitida por la legislación actual, por lo tanto, las substituciones prohibidas, estas son instituciones de herederos sujetas a término.

Entendiendo al término como el acontecimiento futuro de realización cierta del cual depende la eficacia o la resolución de derechos y obligaciones, éste puede ser de dos tipos: resolutorio y suspensivo.

Trasladando este concepto a las substituciones, ejemplar y fideicomisaria; existe la certeza del acontecimiento futuro, siendo éste la muerte del heredero o el día prefijado por el testador, implicando para el heredero un término extintivo de su derecho, y de este acontecimiento, también nacerá el derecho del substituto que estará sujeto al día y hora en que cese el derecho del heredero instituido, es decir se encuentra sujeto a un término suspensivo, pero que se tiene la certeza de que va acontecer.

Aunque en nuestro derecho la institución sujeta a término se encuentra prohibida, las substituciones, ejemplar y fideicomisaria, por consiguiente también están prohibidas, pero siguiendo al maestro Rojina Villegas, en relación al tratamiento que le da al instituciones de heredero sujeto a término, igual solución puede dársele a las substituciones prohibidas, aunque a las substituciones fideicomisarias con ciertas reservas, como se explicara posteriormente.

Con esta solución se evita que la herencia quede sin dueño, es decir el heredero quedará sujeto a término extintivo, al extinguirse su derecho por la llegada del día prefijado, el maestro Rojina nos dice, que se abrirá la sucesión legítima, adquiriendo el derechos los herederos legítimos, pero para el caso de la sustitución, el substituto es el que pasaría a adquirir el derecho, evitándose así la sucesión intestada.

El heredero simplemente sería un usufructuario y el substituto el nudo propietario, hasta la llegada del término. No existiendo inconveniente alguno para que en el primer caso el heredero sujeto a término extintivo sea un simple usufructuario y en el segundo, para que el substituto sujeto a término suspensivo sea el nudo propietario en espera de que llegue el día que le permita adquirir la propiedad plena.

Con esta formula, se estaría reflejando más fielmente la verdadera intención del testador, tratando de darle su mayor alcance, adecuando su voluntad a una forma permitida por el propio Código, que es la figura del usufructo, en vez de combatir este tipo de sustituciones prohibidas.

7. REGLAS PARA INTERPRETAR LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA

El derecho de testar deriva del derecho de propiedad, así, si el sujeto puede enajenar sus bienes en vida, puede igualmente disponer de ellos para después de su muerte, "es de derecho natural que el testador esté en libertad de disponer de sus bienes"⁶¹.

De lo anterior podemos decir que el derecho a testar no es una simple concesión de la ley, sino que se "basa en principios de filosofía racional que están por encima de la voluntad del legislador"⁶².

Y cuando la voluntad del testador no se expresa correctamente y no concuerda con su verdadera intención, por no contar con los conocimientos necesarios de derecho, debe de realizarse una interpretación profunda de la auténtica voluntad, esto con el fin de que se le de un mayor alcance para que produzca los efectos deseados por el de cujus, por lo que representa el

⁶¹ IBARROLA, op. cit. pag. 344.

⁶² ROJINA, op. cit. pag 290

penetrar su espíritu, así el maestro Ibarrola da reglas para la interpretación de la voluntad del testador:

a) Debe atenderse más a la voluntad que a las palabras literales; y es que muchos se explican con imperfección, hay que considerar siempre cuidadosamente la educación y el medio de vida del testador.

b) Si la cláusula es ambigua, ha de interpretarse en favor de la validez de la disposición o del legado. Es lo que dice, para los contratos el artículo 1853 "si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberán entenderse en el más adecuado para que produzca efecto", deben interpretarse los testamento, más bien para que valgan que para que queden destruidos.

c) Debe tenerse en cuenta la costumbre y el modo conocido que el testador tenía de entender las cosas y de expresarse.

d) Si alguna disposición es oscura, debe interpretarse juntas todas las que aparezcan en beneficio de determinada persona. Que una parte del testamento por otra sea aclarada, dice el artículo 1854 para los contratos "las cláusulas de los contratos deben interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas".

e) Si el testador quisiere que surtan efecto dos disposiciones contradictorias, quedarán ambas si así lo decide, sino entonces la cláusula última abroga a la primera. Claro y abierto derecho es que en las disposiciones fideicomisarias las voluntades expresadas al último son más firmes.

f) Si no se alcanza a conocer el sentido, debe decidirse en favor del que tenga que ejecutar la disposición testamentaria.

g) Si la duda es respecto de las diferentes cláusulas de la disposición, y no sólo sobre el legado, debe interpretarse más bien dando extensión a la voluntad del testador que restringiéndola.

CAPITULO IV

EL DERECHO REAL DE USUFRUCTO Y LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA

El testador en su acto de disposición de sus bienes, puede instituir a un incapaz como heredero, este acto de última voluntad es reconocido por el derecho como válido; pero si el testador nombra un sustituto al incapaz instituido como heredero, por considerar que éste no podrá formular su propio testamento, porque no tiene la aptitud "necesaria de discernimiento para decidir, por propia voluntad, la realización de actos jurídicos"⁸³.

Con la sustitución ejemplar el testador pretende dar un mayor alcance a su voluntad y evitar que en determinado momento se abra la sucesión legítima. Esta sustitución se encuentra prohibida por el artículo 1473, que dice "Quedan prohibidas las sustituciones fideicomisarias y cualquier otra diversa de la contenida en el artículo anterior, sea cual fuere la forma de que se le revista".

Las sustituciones fideicomisarias, la pupilar y la ejemplar, son prohibidas por el Código, en virtud de que la personalidad del testador termina con su muerte. El aceptar estas sustituciones se hablaría de una continuidad de la personalidad, dado que se le estaría permitiendo establecer situaciones jurídicas para mucho después de la muerte del testador, cosa que es imposible porque la personalidad se extingue con la muerte, de acuerdo con el artículo 22 del Código Civil "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde con la muerte; ...".

Existen teorías que explican que la personalidad del testador continua a través de los herederos y otras teorías dicen que el heredero es un representante del autor de la sucesión, pero como ya se menciona, la personalidad se extingue con la muerte, "no puede haber representación jurídica cuando el representado ha muerto"⁸⁴.

⁸³ GALINDO, op. cit. pag. 394.

⁸⁴ ROJINA, op. cit. pag. 38.

Lo que ocurre es una continuidad patrimonial a través del heredero. "pasa el patrimonio como universalidad jurídica del causante al causahabiente" ⁸⁶.

Por otra parte, el instituido como heredero adquiere a título universal, es decir adquiere la propiedad de los bienes de la herencia y como se sabe uno de los elementos de la propiedad, es el de disponer de la cosa; elemento que se ve limitado si se establece una substitución fiduciaria, ya que el heredero no podrá disponer de los bienes a su arbitrio; sino que en determinado momento el heredero, ya sea durante su vida o cuando muera tendrá que transmitir los bienes al substituto. En este caso no se hablaría de un heredero propiamente dicho, sino de un representante, que en determinado momento deberá ejecutar lo ordenado por el testador, es decir, tendrá que transmitir los bienes de la herencia al substituto, que es en realidad el heredero.

Respecto a las substituciones pupilar y ejemplar, estas también se encuentran prohibidas en el Código vigente, aunque cabe mencionar que estuvieron permitidas en los Códigos de 1870 y 1884. En estas substituciones, se toman las mismas consideraciones que las de la substitución fideicomisaria, es decir que la personalidad del testador se extingue con la muerte y que el heredero adquiere a título universal. Lo que hace diferente a la fideicomisaria de la pupilar y la ejemplar, es que en estas últimas los instituidos como herederos son incapaces, ya sea legales o naturales, a estos no se les impone la obligación de transmitir los bienes hereditarios a un tercero, sino que se el testador les nombra a un tercero que los substituirá y adquirirá los bienes de la herencia, en el caso de que el incapaz no pueda hacer su testamento.

Es evidente que el testador que realiza su testamento, estableciendo una substitución, ya sea fideicomisaria, pupilar o ejemplar, desconocía que se encuentran prohibidas por la ley. En estos casos nos encontramos frente a un error de derecho, que hace se presente la nulidad de la substitución, más no de la institución, de acuerdo con el artículo 1478.

El testador de haber conocido esa prohibición seguramente no hubiera establecido esas substituciones y hubiera testado de otra manera, si bien es cierto que el desconocimiento de la ley a nadie beneficia, también lo es el hecho de que el legislador busca darle el mayor alcance a una disposición testamentaria, dado que da la posibilidad de la interpretación, de acuerdo con el

⁸⁵ Ibidem pag. 39.

artículo 1302 " 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 de 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".

En el supuesto de que se haya establecido una sustitución prohibida, en base en el artículo 1302, debe interpretarse, y adecuar la voluntad del testador, que es el beneficiar tanto al que sea instituido heredero como al que sea nombrado sustituto.

Si por ignorancia el testador hace su testamento, con una sustitución de las prohibidas por la ley, no debe limitarse a respetar parcialmente su voluntad, es decir, el legislador consideró que la cláusula donde se establece la sustitución se tendrá por no puesta, pero la institución del heredero será válida, aquí el legislador no destruyó todos los efectos de la disposición testamentaria, ya que en estricto sentido tanto la institución de heredero como el nombramiento de sustituto están afectados de una nulidad absoluta, puesto que existe un error de derecho, este error recae sobre el motivo determinante de la voluntad.

El legislador dio una solución parcial a este problema, ya que sólo consideró en beneficiar al instituido como heredero. Sin embargo esta no es la intención del testador, puesto que, lo que pretende es beneficiar tanto al heredero como al sustituto y, esto se puede lograr a través del usufructo, figura jurídica que es plenamente aceptada y reconocida por el derecho.

Así, antes de establecer en que casos se puede aplicar el usufructo, entraremos al estudio de esta figura jurídica.

1. EL DERECHO REAL DE USUFRUCTO

El derecho real, es el poder jurídico que se ejerce directamente e inmediatamente sobre una cosa, para obtener de ella el grado de aprovechamiento que le autoriza su título legal al que ejerce el poder y es oponible erga omnes.

Dentro de los derechos reales se encuentran la propiedad, el usufructo, el uso, la habitación, la servidumbre, la hipoteca y la prenda; ya que de acuerdo con el concepto de derecho real, en todos ellos se ejerce un poder jurídico directo e inmediato sobre la cosa, aunque no en todos se obtiene igual beneficio o aprovechamiento de la cosa, sino que se obtiene de ella el que autorice el título, de acuerdo con el tipo de derecho, y en todos ellos, ese derecho es oponible erga omnes, es decir a todo el mundo.

El derecho real se compone de tres elementos:

- a) Una persona o sujeto titular del derecho
- b) Una cosa, u objeto del derecho y,
- c) La relación inmediata entre persona y cosa.

Respecto a la cosa, ésta, debe ser individualmente determinada y específica, para que el sujeto sea el titular de un derecho real, ya que "el derecho real no puede existir más que con ocasión de una cosa determinada, no podría concebirse un derecho de propiedad sobre una cosa que no resultara individualmente determinada"⁶⁶.

El derecho real confiere a su titular, un derecho de persecución y un derecho de preferencia.

El derecho de persecución, se refiere a que el derecho real debe ser respetado por todos los individuos, y por lo mismo, si alguna persona sin derecho ni autorización se apodera de la cosa sobre la cual recae el derecho real, el titular de éste puede perseguir su cosa para el efecto de recuperarla y ejercitar el aprovechamiento que tiene derecho a hacer de ella.

El derecho de preferencia; consiste en que el derecho real es oponible a todos los que posteriormente hayan adquirido sobre la cosa, que pueden ser derechos reales de la misma o de diferente naturaleza real.

Con estos dos derechos se garantiza al incapaz de gozar del beneficio del usufructo, ya que mientras viva nadie puede apoderarse de la cosa, ni modificarse o alterarse el usufructo a pesar que el nudo propietario disponga de la cosa.

⁶⁶ PLANIOL Y RIPERT. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, citado por GUTIERREZ Y GONZALEZ op. cit. pag. 177.

2. LA PROPIEDAD

Al derecho de propiedad se han dado diferentes alcances, a través del tiempo; en la época romana, la propiedad era el derecho real de usar, gozar y disponer de los bienes en forma absoluta, exclusiva y perpetua, de esta definición se desprenden tres derechos, que son: el jus utendi, el jus fruendi y el jus abutendi.

El jus utendi o usus, era la facultad de servirse de la cosa y de aprovecharse de los servicios que pudiera rendir, fuera de los frutos.

El jus fruendi, era el derecho de recoger todos los frutos de la cosa sujeta a propiedad.

El jus abutendi, era el poder de consumir la cosa, y por extensión el beneficio de disponer de ella de una manera total y definitiva, ya enajenándola, ya destruyéndola.

De acuerdo a este concepto clásico de la época romana, la propiedad era absoluta, es decir que el propietario puede disponer de la cosa como le plazca; no reconocía ninguna limitación, así el propietario usaba la cosa en la medida que quisiera y deseaba; pero a pesar de que los romanos entendían así el derecho de propiedad, si existían limitaciones "el propietario de un predio no podía construir o cultivar hasta el límite con la propiedad vecina"⁸⁷.

En el concepto romano de propiedad se desprenden dos características más; que se refieren: a la exclusividad, y a la perpetuidad.

La propiedad era exclusiva, esto significaba, que la atribución del goce de la cosa correspondía al propietario con exclusión de todos los demás.

La propiedad era perpetua, el propietario lo era siempre, hiciera o no uso de su cosa, y no la perdía nunca por el no uso de la misma.

León Duguít, nos dice que respecto a esta característica "se funda el derecho de testar; ya que el titular de un derecho absoluto tiene lógicamente el poder disponer de sus bienes durante su vida y después"⁸⁸.

⁸⁷ Ibidem pag. 222.

⁸⁸ Ibidem pag. 223.

El concepto moderno de la propiedad, es influido por la función social que representa, sin embargo aun conserva rasgos del concepto clásico. Así tenemos que en el concepto moderno la propiedad es el derecho real más amplio, para usar y disponer de las cosas, dentro del sistema jurídico positivo de limitaciones y modalidades impuestas por el legislador de cada época.

Este concepto moderno de propiedad contiene los elementos del concepto clásico; es decir el jus utendi, el jus fruendi y el jus abutendi; pero este último no se entiende como un derecho absoluto sobre la cosa, sino más bien como un derecho que se puede abusar hasta donde se lo permita el ordenamiento jurídico vigente, es decir, ese derecho absoluto se encuentra sujeto a limitaciones y a modalidades.

El Código Civil no define al derecho de propiedad solo dice en su artículo 830 que " El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes".

La limitación es la carga positiva o bien la abstención que el legislador impone al titular de derechos, a efecto de que no las ejercite contra el interés de otros particulares o bien contra el interés general.

La propiedad puede extinguirse en forma absoluta o relativa, se extingue en forma absoluta por destrucción total de la cosa, por quedar ésta fuera del comercio, ya sea por expropiación o por causa de fenómeno natural.

La propiedad se extingue en forma relativa cuando una cosa pasa del patrimonio de la persona dueña al patrimonio de otra persona.

El propietario puede realizar, respecto a sus bien los siguientes actos jurídicos:

- a) El propietario puede enajenar su bien.
- b) Puede así mismo desmembrarla, constituyendo un usufructo, una servidumbre, una hipoteca, etc.
- c) No le es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicio a un tercero sin utilidad para el propietario.

3. EL USUFRUCTO.

El derecho real de usufructo se forma con algunos de los atributos de que goza el propietario, y estos atributos son; el jus utendi y el jus fruendi " se desgaja la propiedad, y ese desgajamiento pasa a constituir por sí, un derecho real diverso, con identidad jurídica propia"⁸⁹.

Por eso se dice que el usufructo es un desmembramiento de la propiedad, porque transmite el usus y el fructus, "es como si respecto de la cosa se privara de su vestido de propietario y quedara desnudo de esa calidad"⁹⁰.

De ahí que al constituirse un usufructo, a la persona que pasa a ser titular de ese derecho se le llama usufructuario, en tanto, a quien fue propietario, se le llama desnudo propietario o nudo propietario.

El Código civil nos da una definición de usufructo en su artículo 980, "El usufructo es el derecho real y temporal de disfrutar de los bienes ajenos".

La palabra usufructo se forma de los vocablos usus, uso; y fructus, fruto; lo cual indica que el usufructuario puede tomar una cosa ajena usarla y aprovecharse de los frutos que ésta produzca.

Así en el usufructo, nacen para el titular de éste, el derecho de uso y el derecho de disfrute.

El derecho de uso le autoriza a servirse materialmente de la cosa, para su aprovechamiento material, siempre y cuando deje a salvo la substancia de la cosa.

El derecho de disfrute, le autoriza a aprovecharse de los frutos naturales, industriales e inclusive civiles que produzca la cosa.

El usufructo puede recaer sobre toda clase de bienes, tanto muebles como inmuebles, corporales e incorporales. Por consiguiente, el usufructo se constituye no sólo sobre cosas sino sobre los derechos también, o sea, bienes incorporales. "El usufructo recae sobre derechos tanto personales como reales"⁹¹.

⁸⁹ Ibidem pag. 395.

⁹⁰ Idem.

⁹¹ ROJINA, Villegas Rafael, Derechos Reales y Posesión. 6ª ed. De. Porrúa. Pag. 429.

72
**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

Cuando el usufructo se constituye sobre cosas materiales, se ejerce por la apropiación que hace el usufructuario de los frutos o productos de la cosa, cuando el usufructo recae sobre derechos, se ejerce por la apropiación que hace el usufructuario de los beneficios que el mismo derecho traiga consigo.

El usufructo sobre bienes raíces, como todo derecho real sobre inmuebles, debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, para que sea oponible a terceros, si nace de testamento, los herederos son continuadores del testador y a ellos les afecta el usufructo aun cuando no esté inscrito, es decir, si el favorecido por el usufructo en el testamento no inscribe su derecho real, no surtirá efecto contra terceros, pero si contra los herederos, que son los continuadores de la persona del autor de la sucesión.

Cuando se constituye por contrato, surtirá efectos en contra del contratante, o sea del que tiene la nuda propiedad, pero no contra los demás, sino se inscribe éste derecho real.

El usufructo modifica el dominio y como es un derecho real sobre inmueble, debe inscribirse, según el artículo 3011 del Código Civil, para que surtan efectos contra terceros.

3.1. CARACTERÍSTICAS DEL USUFRUCTO

Las características del usufructo son:

- A.- Es un derecho real temporal.
- B.- Es un derecho real intuitu personae.
- C.- No es transmisible por herencia.
- D.- Es un derecho real, valuable por separado de la nuda propiedad.
- E.- Entre usufructuario y nudo propietario no hay un estado de comunidad.

A.- Temporal: El Código dispone en su artículo 986 que "Es vitalicio el usufructo, si en el título constitutivo no se expresa lo contrario"; de la lectura de este artículo se desprende que, el usufructo no podrá ser mayor que una vida humana, es decir, el usufructo se adquiere desde el momento en que nace ese derecho, hasta que muere el usufructuario, a excepción de que se haya fijado término, que deberá ser anterior a la muerte del usufructuario.

Respecto al incapaz, con la aplicación del usufructo, se le aseguraría en forma vitalicia el beneficio del uso y del disfrute de la cosa o de los derechos de la herencia. Con lo que respecta al sustituto, no podrá adquirir la propiedad plena sino hasta la muerte del incapaz; pero se tendrá la seguridad de que ésta se producirá, y así la verdadera intención del testador se puede cumplir cabalmente.

B.- Intuitu personae: El usufructo es un derecho que se constituye en atención a la persona del usufructuario, y por ello se estima que se trata de un derecho que si bien es posible que lo aproveche otra persona diversa del usufructuario, como ese derecho se establece precisamente en atención a las cualidades del usufructuario, si fallece éste, o al extinguirse su derecho de usufructo, por regla general debe también extinguirse el derecho de cualquiera otra persona que pudiera venir gozando de la cosa, según el artículo 1002 del Código Civil.

C.- No es transmisible por herencia: Esto es en atención a que el usufructo es intuitu personae, es decir, en atención a la persona a la cual se nombra usufructuario, y no a sus herederos y por lo tanto el Código nos dice que una de las formas de extinguirse el usufructo es con la muerte del usufructuario, en su artículo 1038 fracción I.

Con esta característica de esta figura jurídica, se aseguraría al nudo propietario, de adquirir la propiedad plena al momento de la muerte del incapaz, ya que éste no podrá prolongar su derecho a sus herederos.

D.- Valuable por separado de la nuda propiedad: El valor que pueda tener el usufructo o la nuda propiedad, es importante determinarla, ya que el Código da la facultad tanto al usufructuario como al nudo propietario de enajenar su derecho, según el artículo 1004 "El propietario de bienes en que otra tenga el usufructo, puede enajenarlos, con la condición de que conserve el usufructo"; por lo que se refiere al usufructuario nos dice el artículo 1002 "El usufructuario puede gozar por sí mismo de la cosa usufructuada. Puede enajenar, arrendar y gravar su derecho de usufructo, pero todos los contratos que celebre como usufructuario terminarán con el usufructo".

E.- No existe estado de comunidad: Toda vez que el usufructuario y el nudo propietario ejercen sus respectivos derechos reales sobre una misma cosa, entre ellos no hay situación alguna de comunidad o copropiedad; así tenemos que:

a) En la copropiedad los comuneros tienen un derecho común sobre todos y cada una de las partes que forman la cosa. En cambio en el usufructo, el usufructuario es el único que puede hacer uso de la cosa, y el nudo propietario no puede utilizarla.

b) La copropiedad es transmisible por herencia, el usufructo se extingue con la muerte del usufructuario.

3.2. CONSTITUCION DEL USUFRUCTO

El derecho real de usufructo se puede constituir por diversas formas, de acuerdo con el artículo 991 del Código Civil, y estas pueden ser:

- 1.- Por mandato de la ley, aquí se habla de un usufructo legal.
- 2.- Por forma voluntaria; que puede ser a través de un contrato o de un testamento.
- 3.- Usufructo por prescripción.

A) El usufructo por mandato de ley.- el único caso que se presenta en el Código es el del artículo 430, que lo establece en favor de los progenitores respecto de los bienes que sus descendientes adquieran por medio diferente al trabajo de éstos.

B) Usufructo voluntario.- este puede ser: a) contractual o b) testamentario.

a) Contractual.- es el que se constituye, a través de un contrato, que celebra el propietario de la cosa, con una o más personas que adquieren el usufructo, o bien la nuda propiedad. Este puede ser de tres formas:

1. Usufructo por vía de enajenación o constitución, que se realiza cuando el propietario de la cosa celebra el contrato y se queda con la nuda propiedad, enajenando el usufructo a favor de su contraparte.

2. Usufructo por vía de retención o deducción, se realiza cuando el propietario celebra el contrato y entrega a su contraparte la nuda propiedad y él se reserva el usufructo de la cosa.

3. Una tercera forma se presenta cuando el propietario celebra el contrato y transmite la nuda propiedad, a una persona y el usufructo a otra.

b) **Usufructo testamentario.**- Es el que se constituye a través de un testamento, es decir, cuando una persona al celebrar su testamento deja a una o unas personas el usufructo y a otra u otras la nuda propiedad de ciertos bienes.

C) **Usufructo por prescripción.**- este se presenta cuando una persona que no es propietaria de una cosa pero que se ostenta como tal, transmite a otra la posesión del usufructo y éste lo posee por el tiempo que marca la ley, al transcurso de ese tiempo adquiere el derecho real de usufructo por prescripción, el legítimo propietario solo podrá ejercitar su acción reivindicatoria respecto a la nuda propiedad, pero será improcedente respecto al usufructo.

3.3. FORMAS QUE PUEDE ASUMIR

El usufructo puede ser: a) singular o colectivo; b) puro o simple; a plazo, no vitalicio; condicional, con carga o modo; c) gratuito u oneroso; y d) particular o universal.

a) Singular o colectivo.

Singular.- es singular cuando corresponde a una sola persona el uso y disfrute de la cosa.

b) **Colectivo.**- cuando se establece respecto de la misma cosa en favor de dos o más personas, que puede ser sucesivo o simultáneo.

Es sucesivo, cuando se constituye el derecho a favor de dos o más personas respecto de una misma cosa y no entran todos al goce del derecho, sino que entran una después de otra.

El simultáneo se presenta cuando se constituye el usufructo a favor de dos o más personas, que entran en forma inmediata y simultánea al goce de la misma cosa.

b) Usufructo puro y simple; a plazo, no vitalicio; condicional y con modo o carga.

Usufructo puro y simple.- es cuando en el acto de su constitución se determina que el usufructuario entra al goce del derecho, en forma pura y simple, y como no se dice por cuanto tiempo será, se entiende como vitalicio.

El incapaz instituido en consideración a que se permitiera adecuar la voluntad del testador, utilizando el usufructo, éste se entendería como puro y simple, por consiguiente vitalicio, para asegurar al incapaz de todos los beneficios que le proporciona esta figura jurídica.

A plazo, no vitalicio.- es cuando al constituirse se fija un plazo para la extinción del usufructo.

Condicional.- se presenta cuando al constituirse el usufructo, se sujeta a una condición suspensiva o resolutoria.

Con modo o carga.- es cuando en el título en que se constituye el usufructo se establece una obligación excepcional para el usufructuario.

c) Gratuito u oneroso

Gratuito.- es aquel que se constituye en favor de una persona sin que ésta tenga que dar a cambio del derecho que recibe, prestación alguna al nudo propietario.

Esta característica se aplicaría también para el caso que tratamos, ya que el incapaz no tendría que dar nada a cambio al sustituto, para gozar de su derecho que recibe.

Oneroso.- Es aquel que se constituye en favor de una persona, y ésta da una prestación a su vez al nudo propietario.

d) Particular o universal.

Particular.- es el que se constituye respecto de una cosa determinada y específica.

Universal.- es el que se establece sobre todo un patrimonio o sobre una parte alícuota del mismo.

3.4. DERECHOS Y DEBERES DEL USUFRUCTUARIO

Estos derechos y deberes, se pueden dividir en tres momentos que son: antes de entrar al goce de la cosa; cuando el usufructuario está en plena posesión y goce de la cosa; y al momento de extinguirse el usufructo.

1: Derechos y deberes del usufructuario antes de entrar al goce de la cosa, éste tiene derecho de ejercitar una acción real, y puede ejercitar una acción personal, en contra del nudo propietario, de acuerdo con el artículo 989, así también tiene el deber de hacer un inventario de los bienes que recibe y tiene el deber de ofrecer un fiador al nudo propietario, según el artículo 1006 del Código Civil.

2. El usufructuario tiene derecho durante el goce del derecho de usufructo, al de uso y disfrute de la cosa; así mismo tiene los deberes de gozar de la cosa como buen padre de familia y el deber de conformarse en el uso de la cosa al modo establecido por los anteriores propietarios o poseedores de ella.

3. Al momento en que se extingue el usufructo, se tiene el derecho que se retribuyan los gastos realizados, al que fue usufructuario, en el caso de que se le hubiesen hecho reparaciones a la cosa, por parte del que fue nudo propietario. Y para el caso de que existiera fiador, una vez que se ve que la cosa no sufrió mayor deterioro que el derivado del uso normal de la cosa, tiene derecho a que se extinga el contrato de fianza.

Los deberes del usufructuario son:

- a) El devolver al propietario la cosa sobre la cual recayó su derecho de usufructo.
- b) Devolver al propietario la cosa con el solo deterioro o demérito de un uso normal y moderado.
- c) Restituir el valor de las cosas consumibles.
- d) Reparar los daños que hubiere causado a la cosa, si es que la deterioro más de lo normal.

3.5. EXTINCION DEL USUFRUCTO.

El usufructo se extingue, de acuerdo con el artículo 1038, por las siguientes causas:

- I. Por la muerte del usufructuario.
- II. Por vencimiento del plazo por el cual se constituyó.
- III. Por cumplirse la condición impuesta en el título constitutivo, para la cesación de este derecho.
- IV. Por la reunión del usufructo y de la propiedad en una misma persona, a esta forma se le llama consolidación.
- V. Por prescripción, conforme a lo prevenido respecto a los derechos reales.

VI. Por la renuncia expresa del usufructuario, salvo lo dispuesto respecto de las renunciaciones hechas en fraude de los acreedores.

VII. Por la pérdida total de la cosa que era objeto del usufructo, si la destrucción no es total, el derecho continúa sobre lo que de la cosa haya quedado "...porque es un derecho sobre un cuerpo, y si el cuerpo se destruye queda necesariamente destruido el derecho"⁹².

VIII. Por la cesación del derecho del que constituyó el usufructo, cuando teniendo un dominio revocable, llega el caso de revocación.

IX. Por no obtener fiador el usufructuario por título gratuito, si el dueño no le eximió de esa obligación.

4. SUBSTITUCIONES QUE NO SE CONSIDERAN FIDEICOMISARIAS Y SU RELACIÓN CON EL USUFRUCTO

El Código Civil establece dos casos en los cuales no se consideran a las substituciones como fideicomisarias; comprendidas en los artículos 1479 y 1480.

Artículo 1479.- No se reputa fideicomisarias la disposición en que el testador deja la propiedad del todo o de parte de sus bienes a una persona y el usufructo a otra, a no ser que el propietario o el usufructuario queden obligados a transferir a su muerte la propiedad o el usufructo a un tercero.

El testador al dejar a una persona la nuda propiedad y a otra el usufructo, lo que crea con esto, es un derecho real diferente para cada una de estas personas, es decir, cada uno adquiere un derecho real diferente, una la nuda propiedad y el otro el usufructo; así de esta forma tanto el nudo propietario y el usufructuario pueden disponer de su derecho, de manera independiente.

Con esta disposición testamentaria no se le impone al nudo propietario ni al usufructuario la transmisión de su derecho real a un tercero previamente determinado, por tanto no la prohíbe el legislador, porque en estricto sentido no es una substitución fideicomisaria, ya que se crean dos derechos reales diferentes.

⁹² Idem.

El artículo 1480 dice " Puede el padre dejar una parte o la totalidad de sus bienes a sus hijos, con la carga de transferirlos al hijo o hijos que tuviere hasta la muerte del testador, teniéndose en cuenta lo dispuesto en el artículo 1314, en cuyo caso el heredero se considerará como usufructuario".

En estricto sentido esta es una sustitución fideicomisaria, en virtud de que al heredero se le impone la obligación de transmitir los bienes a una determinada persona o personas, que son los hijos del heredero, por tanto debería ser prohibida, de acuerdo con el artículo 1473. Pero el legislador, en consideración al vínculo consanguíneo, que se establece entre el testador su hijo y sus nietos y en atención a la voluntad del de cujus en asegurar a sus nietos que recibirán sus bienes en un momento determinado, es decir cuando muera el hijo, por este motivo el legislador optó por adecuar la disposición testamentaria a una forma permitida, es decir, el considerar al heredero como usufructuario.

De esta forma la disposición testamentaria de dejar los bienes al hijo del testador con la carga de transferirlos a su vez a sus hijos, ya no se considera una sustitución fideicomisaria, porque al transformar al heredero como usufructuario, se crean dos derechos reales diferentes, por una parte el hijo del testador adquiere el derecho de usufructo, mientras que el nieto adquiere la nuda propiedad; desapareciendo así la obligación de transmitir los bienes de la herencia a un tercero, el usufructo " es un acto de desmembramiento del derecho de propiedad permitido por la ley "⁹³.

El sustituto debe tener capacidad de heredar al momento de la muerte del autor de la sucesión, por lo que no se puede designar a quienes sean concebidos con posterioridad.

En cuanto a la disposición testamentaria, en donde se instituye a un incapaz como heredero, nombrándole un sustituto, tomando como antecedente al artículo 1480, es posible el que el incapaz sea considerado como usufructuario y al sustituto como el nudo propietario y, así se cumpla fielmente con la voluntad del testador; en consideración a las cuestiones que se señalan a continuación:

⁹³ CODIGO CIVIL COMENTADO, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Pag. 90.

a) Como ya se dijo la voluntad es la suprema ley, es decir, que la voluntad es la expresión de la libertad conforme a la cual toda persona es libre para obligarse.

b) El testador emite su voluntad con la intención de beneficiar tanto al incapaz como al sustituto.

c) Es evidente que el testador desconocía que se encuentran prohibidas las sustituciones pupilar y ejemplar, de lo contrario, no hubiera formulado su testamento en estas condiciones.

d) Debe atenderse más a la voluntad que a las palabras.

e) Debe tenerse en cuenta la costumbre y el modo que el testador tenía de entender las cosas.

f) Debe buscarse el mayor alcance a la voluntad, en vez de restringirla.

Tomando en cuenta estas cuestiones, en atención a la voluntad del testador, el legislador debe darle un mayor alcance a sea voluntad, considerando al incapaz como usufructuario y al sustituto como nudo propietario, de esta forma desaparecería la sustitución la ejemplar.

Al establecerse el usufructo y la nuda propiedad, tanto el incapaz como el sustituto adquieren derechos diferentes y así, ya no se consideraría a esa disposición testamentaria como una extensión de la personalidad del de cuius, sino que esa voluntad produciría efectos en el momento de la muerte del testador.

Pero esta fórmula no es aplicable a todos los casos en que sea instituido a un incapaz como heredero, nombrándole sustituto; dado que se distinguen dos tipos de incapacidades: la natural y la legal.

Tienen incapacidad natural, los infantes y quienes por problemas físicos o psicológicos no tienen capacidad de discernir o de expresarse.

Tienen incapacidad legal, es decir la establecida por la ley; "los menores de dieciocho años y quienes hacen uso habitual o immoderado de bebidas embriagantes o de enervantes y los sordomudos que no saben leer ni escribir"⁹⁴.

El artículo 450 dice quienes tienen incapacidad natural y legal:

i. Los menores de edad.

⁹⁴ GALINDO, op. cit. pag. 394.

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

La incapacidad, se refiere a que la personas no puede ejercer sus derechos ni cumplir sus obligaciones por sí mismos y, de acuerdo al artículo 450, esta incapacidad, por una parte puede desaparecer en los menores de edad al cumplir 18 años y en caso del testamento a los 16 años; así como aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes, dado que pueden rehabilitarse, en estos casos se puede decir que la incapacidad es relativa, ya que en cualquier momento pueden salir del estado de incapacidad y recobrar el pleno ejercicio de sus derechos.

Por otra parte existe una incapacidad absoluta, en el caso de los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos, puesto que éstos no podrán salir de su estado de interdicción.

Una vez establecidos estos tipos y grados de incapacidad, diremos en que casos se puede considerar al incapaz como usufructuario y al sustituto como nudo propietario

En el caso en que el incapaz instituido como heredero sea un menor de edad y se nombre sustituto, de acuerdo con la teoría, esta es una sustitución pupilar: que en el Código vigente se encuentra prohibida, aunque cabe aclarar que ésta no es una sustitución fideicomisaria, esta aclaración es necesaria, ya que el Código no hace referencia expresa a la sustitución pupilar, sólo dice el artículo 1473 "...cualquiera otra diversa de la contenida en el artículo anterior, sea cual fuere la forma de que se le revista".

Debiendo entender que la sustitución pupilar es una forma contraria a la sustitución vulgar, que es la permitida por el artículo 1472 "Puede el testador substituir a una o más personas

al heredero o herederos instituidos, para el caso de que mueran antes que él, o de que no puedan o no quieran aceptar la herencia”.

Pero la sustitución pupilar no es una sustitución fideicomisaria, ya que la fideicomisaria se le impone al heredero la obligación de transmitir los bienes hereditarios a una persona determinada, es decir, el heredero debe ser una persona capaz para poder efectuar el acto de transmisión, ya sea por contrato de donación o por testamento.

En la sustitución pupilar se habla de un menor de edad, y como este no tiene la capacidad de ejercicio, no puede efectuar ningún tipo de actos de transmisión patrimonial. Aquí el testador es el que decide quién heredará al incapaz en caso de que este no pueda hacer su testamento, es decir, al menor no se le obliga a transmitir los bienes hereditarios, sino que el derecho del sustituto se supedita al hecho de que el menor muera antes de llegar a la mayoría de edad, y por tanto, sin hacer testamento.

La sustitución pupilar se asemeja más a una institución condicionada, esto es, por una parte, el menor de edad queda sujeto a una condición resolutoria, entendiéndola como un acontecimiento futuro de realización incierta, del cual depende la resolución de un acto jurídico, de un derecho o de una obligación; así, si el menor muere antes de poder hacer su testamento, es decir, antes de los 16 años, se considera entonces que no fue instituido; por otra parte el sustituto, queda sujeto a una condición suspensiva, que es el acontecimiento futuro de realización incierta del cual depende la existencia de su derecho, es decir, su derecho nacerá solo si el menor de edad muere antes de llegar a los 16 años.

La sustitución pupilar entendida como una institución condicional, deja en un estado de incertidumbre muy amplio, respecto a quién o quienes serán en definitiva el titular de la herencia; consideración que tomó el legislador para prohibir la sustitución pupilar, puesto que el menor de edad no tendrá definida su calidad, es decir, que hasta que no se cumpla la edad requerida podrá adquirir los bienes hereditarios en calidad de propleitario.

Para este tipo de sustitución no es aplicable la fórmula del usufructo propuesta, dado que, precisamente a la incertidumbre que se crea, del hecho de que el menor sobreviva o no, hasta los 16 años, edad requerida para poder testar. Pues al establecer como usufructuario al

menor de edad y éste llegará a su mayoría de edad, no adquiriría la propiedad, puesto que, ya tendría la calidad de usufructuario y la nuda propiedad la tendría el sustituto, contraviéndose con esto la voluntad del testador.

Por esta razón no procede la fórmula propuesta, debiéndose por consiguiente aceptar el tratamiento que le da el legislador, es decir, tener por no puesta la sustitución, pero si la institución de heredero, de acuerdo con el artículo 1478.

Respecto a los incapaces por enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico, psicológico o sensorial y los alcohólicos y drogadictos; en estos casos, sucede lo mismo que con los menores de edad, es decir, que cuando se le nombra un sustituto a estos incapacitados, en realidad se está hablando de una institución condicionada; la condición consiste en el hecho de que estos sanen, pero con esto se crea un período muy amplio de incertidumbre, que impide que se pueda establecer en qué calidad se encontrarían tanto el heredero como el sustituto.

De esta forma no podría aplicarse la fórmula propuesta, porque si el incapacitado se rehabilita y ya se le hubiera nombrado usufructuario éste no podría adquirir la propiedad puesto que el sustituto ya la tendría, siendo esto contrario a la voluntad del testador.

En el caso de que la incapacidad de la persona, instituida como heredera, le provenga de una perturbación o disminución de su inteligencia, y le sea nombrado un sustituto, que será una incapacidad absoluta. En este supuesto nos encontramos a una institución sujeta a término, entendiendo a éste como el acontecimiento futuro de realización cierta, a este respecto la certidumbre radicaría en que el privado de su inteligencia, morirá sin que pueda hacer su testamento, quedando sujeto a un término extintivo, extinguiéndose su derecho por la llegada del día prefijado, que será el día de su muerte. Mientras el sustituto quedará sujeto a un término suspensivo, es decir, no nacerá su derecho sino hasta la llegada de la muerte del incapacitado.

Si bien es cierto que la institución no puede sujetarse a término, a diferencia de los legados que sí se puede sujetar a término. En el caso de la sustitución la equiparamos como una institución sujeta a término, se debe de considerar prohibida. Pero existe una forma jurídica, que puede salvar la prohibición, para darle el alcance real a la voluntad del testador, es decir, el considerar al incapacitado como usufructuario y al sustituto como nudo propietario.

En este caso si se puede considerar al incapaz como usufructuario, puesto que, existe la certeza de que nunca saldrá de su estado de interdicción, es decir, que no se lo limitaría su libertad de testar, porque no tiene voluntad y nunca podrá hacer testamento. Por su parte el sustituto deberá ser considerado como nudo propietario, que adquirirá la propiedad plena, cuando muera el incapacitado.

Así el testador alcanzaría realmente su verdadera intención, que es el beneficiar con su disposición tanto al incapaz como al sustituto. estos beneficios son:

a) El incapaz y el sustituto adquieren derechos reales diferentes, es decir, el incapaz adquiere el usufructo y el sustituto la nuda propiedad, con esto se evitaría la prohibición, ya que adquieren derechos diferentes. El sustituto quedaría como heredero y el incapaz como legatario, es decir, el heredero sería el nudo propietario, y el incapaz como usufructuario.

b) Creándose dos diferentes derechos reales, es decir, tanto el incapaz como el sustituto pueden enajenar, arrendar y gravar sus derechos.

c) El incapaz entraría al goce de su derecho de usufructo en forma pura, simple y vitalicia; a la muerte del incapaz el sustituto, ahora nudo propietario adquirirá la propiedad plena.

d) El incapaz no tendría que dar nada a cambio al nudo propietario, es decir, el usufructo sería gratuito.

e) El incapaz recibiría un usufructo universal, es decir, sobre todo el patrimonio, sobre la parte alicuota del mismo o sobre un bien concreto si tiene carácter de legatario.

Como se ve, ambos son beneficiados, con la aplicación de la fórmula propuesta, dado que no se perjudica al incapaz instituido como heredero, y el sustituto, al llegar el día de la muerte del incapaz, recuperará el derecho pleno de propiedad, adecuándose la voluntad del testador a una situación jurídica permitida por el derecho.

Por lo tanto el legislador, tomando como antecedente el artículo 1480, en el que considera al heredero como un usufructuario, debe permitir la sustitución ejemplar, cuando el grado de incapacidad sea absoluta, considerando al incapaz como usufructuario y al sustituto como nudo propietario.

Como ya se explicó, en las incapacidades relativas, no se debe admitir esta interpretación, porque daría origen a un periodo muy amplio de incertidumbre.

CONCLUSIONES

- 1.- El testamento es un acto jurídico unilateral, 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.
- 2.- La libertad de testar no es absoluta, puesto que el propio Código establece expresamente, restricciones a la voluntad del sujeto.
- 3.- Las sustituciones fideicomisarias, pupilar y ejemplar, son ejemplos de limitación a la voluntad del testador, ya que están prohibidas.
- 4.- Al considerar el legislador, que la sustitución fideicomisaria, la pupilar y la ejemplar, se tengan como no puestas y válida la institución, modifica substancialmente la voluntad del testador.
- 5.- La solución que da el legislador es contraria a la voluntad del testador, en los casos en que se nombre sustituto a un incapaz instituido como heredero o como legatario.
- 6.- Existe un caso en que la ley interpreta la voluntad del testador, dando efectos a una sustitución fideicomisaria, al considerar como usufructuario al heredero, en el caso de que el testador nombre a su hijo como heredero, con la carga de transferir los bienes a sus hijos, a éstos últimos los considera nudos propietarios.
- 7.- En la sustitución ejemplar, cuando se tenga la certeza de que el incapacitado, nunca saldrá del estado de interdicción, puede interpretarse la voluntad del testador, considerando al incapaz como usufructuario y al sustituto como nudo propietario.

8.- Se propone que la ley acepte lo siguiente:

- a) La distinción entre grados de incapacidad, en absoluta y relativa.**

- b) La sustitución, en que el heredero esté afectado por una incapacidad relativa, no se considere al heredero como usufructuario.**

- c) La sustitución, en que el heredero esté afectado por una incapacidad absoluta, se considere al heredero como usufructuario y al sustituto como nudo propietario.**

- d) Se mantenga el caso en que se considera al heredero como usufructuario, cuando el testador nombra a su hijo como heredero, con la carga de transmitir los bienes a sus hijos.**

BIBLIOGRAFIA

BORJA, Soriano Manuel. Teoría General de las Obligaciones. 11ª ed. Ed. Porrúa, México. 1989.

COULANGES, Fustel de. La Ciudad Antigua. 6ª ed. Ed. Porrúa, México. 1986.

FLORES, Barroeta Benjamín. Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil. Primer tomo. México, 1964.

GALINDO, Garfias Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. 10ª ed. Ed. Porrúa. México. 1990.

GARCIA, Mainez Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 40ª ed. Ed. Porrúa. México. 1989.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 6ª ed. Ed. Porrúa. México 1991.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. El Patrimonio. 3ª ed. De. Porrúa. México, 1990.

IBARROLA, Antonio de. Cosas y Sucesiones. 4ª ed. Ed. Porrúa. México. 1977.

Instituto de Investigaciones Jurídicas. Código Civil Comentado. T. III. de las Sucesiones. UNAM. México. 1987.

Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. 3ª ed. Ed. Porrúa. México. 1989.

KELSEN, Hans. Compendio de Teoría General del Estado. Traducción de Luis Recasens Siches. Barcelona.

MORINEAU, Iduarte Martha y otros. Derecho Romano. Ed. Harla.

México. 1987.

ORTIZ, Urquidí Raúl. Derecho Civil, Parte General. 3ª ed. Ed. Porrúa. México. 1986.

PINA, Rafael de. Elementos de Derecho Civil Mexicano. vol. II. 6ª ed. Ed. Porrúa, México. 1975.

ROJINA, Villegas Rafael. Derechos Reales y Posesión. 6ª ed. Ed. Porrúa. T. III. México. 1985.

ROJINA, Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano. Obligaciones. T. V. Vol. I. 5ª ed. Ed. Porrúa. México 1985.

ROJINA, Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano. Sucesiones. T. IV. 6ª ed. Ed. Porrúa, México. 1985.

SAINZ, Gómez José María. Derecho Romano I. Noriega Editores. México. 1988.

SÁNCHEZ, Medel Ramón. De los Contratos Civiles. 12ª ed. Ed. Porrúa. México. 1993.