

293

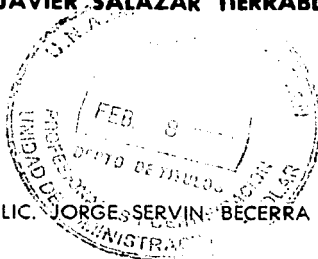


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS
PROFESIONALES "ACATLAN"

DE LA NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 883 DEL
CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL
DISTRITO FEDERAL.

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
FRANCISCO JAVIER SALAZAR TIERRABLANCA



ASESOR: LIC. JORGE SERVINO BÉCERRA



TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

FEBRERO DEL 2002.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Dedico este trabajo al Señor,
por que El me dió la fe para
buscar mis metas y fuerza para
alcanzarlas.

A mis Padres, gracias por darme
la vida, y por su ejemplo, que me
ha impulsado para llegar hasta
donde lo he hecho.

A mi asesor Lic. Jorge Servin,
quien me enseñó que el
Derecho es un estudio
constante y el litigio la escuela
del Derecho.

A mi apreciable Sinodo, quienes
ademas de haber sido mis
maestros, han sido tambien mis
amigos dentro y fuera de las
aulas.

A mi querida Universidad, quien
me enseñó que el verdadero
camino hacia la felicidad es la
virtud del estudio, y la etica su
complemento.

Y a todos mis maestros y amigos
que estuvieron conmigo dentro y
fuera de la escuela, de los
cuales he aprendido mucho y lo
seguiré haciendo.

Quiero agradecer en especial a
Nancy, por que sin ella, esto no
hubiera sido posible.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

INDICE.

INTRODUCCION. (1).

CAPITULO I. "ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DERECHO SUCESORIO". (3).

I.1.- EI DERECHO SUCESORIO EN ROMA.

I.1.1.- DE LA SUCESION LEGITIMA.

I.1.2.- DE LOS TESTAMENTOS.

MEXICO. I.2.- ANTECEDENTES DEL DERECHO SUCESORIO EN

I.2.1.- LA SUCESION EN LA COLONIA.

I.2.2.- LA SUCESION EN EL MEXICO INDEPENDIENTE.

CAPITULO II. "LA SUCESION EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE". (37).

II.1.- LOS DIVERSOS TIPOS DE SUCESION.

II.1.1.- DE LA SUCESION LEGITIMA.

II.1.2.- DE LA SUCESION TESTAMENTARIA.

CAPITULO III. "DE LOS DIVERSOS TIPOS DE TESTAMENTOS". (69).

III.1.- DEL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO.

III.2.- DEL TESTAMENTO PUBLICO CERRADO.

III.3.- DEL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO.

III.4.- DEL TESTAMENTO PRIVADO.

III.5.- DE LOS TESTAMENTOS MILITAR, MARITIMO Y

CAPITULO IV. "DEL TESTAMENTO OLOGRAFO". (88).

IV.1.- FORMA DE OTORGAMIENTO.

IV.2.- DE LOS TESTIGOS Y SU NECESARIA PRESENCIA EN EL OTORGAMIENTO

IV.3.- DE LA APERTURA DEL TESTAMENTO

IV.4.- DE LA DECLARACION DE EFICACIA DEL TESTAMENTO

IV.4.1.- DE LA NECESIDAD DE QUE LOS TESTIGOS COMPARESCAN A RATIFICAR.

IV.4.2.- CASO EN QUE ES IMPOSIBLE LA COMPARECENCIA.

IV.5.- DE LA NECESIDAD DE DEPENDER DE LA PRUEBA PERICIAL.

IV.6.- PROPUESTA DE REFORMA AL ARTICULO 883 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

CAPITULO V. "CONCLUSIONES". (107).

BIBLIOGRAFIA. (109).

INTRODUCCION.

Para hacer un estudio de los testamentos y en general de la sucesión, es preciso establecer en primer lugar ¿que es la Herencia?, al respecto el Código Civil del Distrito Federal, en su artículo 1281, preceptúa lo siguiente: "Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte". Por otra parte, la sucesión en sentido estricto podríamos definirla como la transmisión de los bienes y derechos del difunto así como las obligaciones que no se extinguen por la muerte.

En este orden de ideas, encontramos que existen dos tipos de sucesión, la Testamentaria, que es cuando el "DE-CUJUS" otorga disposición testamentaria y Legítima, que es cuando no existe tal, así en nuestro Código Sustantivo se establece en el artículo 1282 lo siguiente: "La herencia se define por la voluntad del testador o por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria y la segunda legítima.

En el caso de la sucesión por Testamento que es el objeto de nuestro estudio, el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 1295 lo define de la siguiente manera: "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 despues de su muerte." ademas de las características establecidas en este artículo, podríamos establecer otra característica que es la unipersonalidad, pues no pueden testar dos personas al mismo tiempo en forma recíproca. Así tambien se prevé el disponer de los bienes nombrandose herederos o legatarios en el que aun cuando los dos recibirán a beneficio de inventario, los herederos lo harán a título universal, es decir respondiendo de cargas y gravámenes sobre los bienes heredados, mientras que los legatarios recibirán a título particular, es decir sin responder de dichas cargas o gravámenes.

Así previsto el testamento, debemos recordar que cabe la posibilidad de que atravez de el se puedan realizar actos personales como el reconocimiento de hijos o de deudas, como lo establece el artículo 1300, la disposición será precisa y tratandose de legados, los bienes deberán ser ciertos y determinados pues ademas siempre como ya se dijo se recibirá a beneficio de inventario.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El propio Código Civil, establece una clasificación de los testamentos atendiendo a su forma, y los divide en "Ordinarios y Especiales". Los testamentos ordinarios se denominan así por que es la forma más común y corriente sin tantos requisitos que la propia ley señala para su otorgamiento y son:

1. Testamento Público Abierto.
2. Testamento Público Cerrado.
3. Testamento Público Simplificado, y
4. Testamento Ológrafo.

Por su parte, los testamentos especiales son aquellos que solo bajo características específicas pueden otorgarse atendiendo a la formalidad de cada uno, siendo el propio Código Civil el que los determina y que son los siguientes:

- Testamento privado.
- Testamento Militar.
- Testamento Marítimo, y
- Testamento hecho en País Extranjero.

En el transcurso del presente trabajo, entraremos un poco en el estudio de cada tipo de sucesión, así como a cada forma de testamento para analizar por último las características específicas del testamento ológrafo, así como el procedimiento sucesorio en este mismo caso, para determinar que tanta validez debe darse a la prueba pericial en la declaración de formalidad del mismo, ya que adelantando un poco, por sus características y requisitos, así como por el moderado costo para su otorgamiento, considero innecesaria la prueba pericial para los efectos ya citados en virtud de que entre otras cosas, la finalidad de la creación del testamento ológrafo, fue la de poner al alcance de las clases económicamente menos pudientes, el poder disponer de sus bienes conforme a la voluntad del testador.

Por otro lado, considero que la formalidad con que este testamento cuenta, debido a los requisitos necesarios para su otorgamiento hacen de la prueba pericial un obstáculo que lo único que logra es entorpecer el procedimiento en la práctica que de por sí es tardado, con lo que al ser eliminada dicha probanza, considero que se agilizaría el juicio sucesorio y retomariamos la verdadera esencia por la que el testamento ológrafo fué creado.

CAPITULO I. "ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DERECHO SUCESORIO".

I.1.- EI DERECHO SUCESORIO EN ROMA.

El Derecho romano al ser la fuente de nuestro derecho, contiene las bases de éste y además, nuestro derecho actual conserva gran parte de las figuras jurídicas de la Roma antigua, así como también diversas ramas del derecho romano. El derecho privado, es sin duda una de las ramas que mayores aportaciones ha dado a nuestro derecho actual, entre ellas el derecho sucesorio que ha llegado a nosotros en una forma casi intacta en cuanto a sus figuras y medios de sucesión.

El maestro Guillermo Floris Margadant analiza la teoría de la sucesión como una necesidad del sistema jurídico romano en el sentido siguiente: "Teóricamente, sería posible un sistema jurídico en el cual con la muerte acabarían todos los derechos del difunto; y, efectivamente, esta situación la encontramos parcialmente realizada: los derechos que tenía el difunto en calidad de marido, de padre o de tutor, así como sus derechos políticos, se extinguen definitivamente, sin transmitirse a otra persona. También sus calidades de usufructuario, de mandatario, de socio, de obrero o de titular de un contrato de hospedaje cesan, al igual que sus rentas vitalicias."⁽¹⁾

Sin embargo, hay derechos que no terminan con la muerte del titular, sino que le sobreviven, es ahí donde entra en juego el derecho sucesorio, pues "el hecho de que determinados derechos tienen esta capacidad de sobrevivir, les da su especial valor para el individuo"⁽¹⁾, es por ello que en Roma, el derecho sucesorio fue desarrollado a tal grado que posteriormente fue asimilado por otras culturas, que a su vez transmitieron dichos conocimientos a los pueblos que fueron conquistados por ellas, como es el caso del derecho Mexicano.

En derecho romano, cuando se hacía alusión a la palabra *successio* (sucesión) significaba que una persona sucedía a otra, es decir, que ocupaba su lugar en la titularidad de un derecho o de una universalidad de derechos. En este orden de ideas, se establecieron en roma dos clasificaciones de sucesiones, a). sucesiones a título particular y sucesiones a título universal; b). sucesiones *inter vivos* y sucesiones *mortis causa*, con lo cual había varias combinaciones resultando así diversos tipos de adquisición de derechos.

(1) FLORIS MARGADANT GUILLERMO. "Derecho privado romano. Ed Esfinge

En la presente nos limitaremos al estudio de la sucesión por *mortis causa*, ya que dicha figura subsiste hasta nuestros días. En el derecho Romano como en nuestro derecho, existieron dos tipos de sucesión, la testamentaria y la *intestata* comparables en su significado a nuestras figuras sucesorias, la sucesión testamentaria y la sucesión legítima, en el primer caso, como el maestro Di Pietro establece, "el derecho romano es absolutamente original en su concepción creando para tal efecto el *testamentum*, el que no solo se uso para designar a quienes, como herederos, sucederían en la universalidad de sus derechos, sino también, a partir de cierta época, para disponer la sucesión o translación de cosas o derechos singulares a terceros, pero supeditada a la efectiva adquisición de la condición de herederos por parte de los así designados"⁽²⁾.

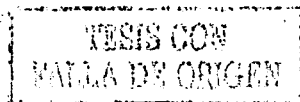
Estos tipos de sucesión trajeron consigo un problema que resolver, y es que en caso de que una persona al morir hubiera dispuesto solo de una parte de sus bienes por medio del *testamentum*, los bienes de los cuales no hubiera dispuesto, debían de acrecentar las partes de los herederos designados, ya que en derecho romano viene el principio de que "nadie puede morir en parte testado, en parte intestado", principio que no es aplicable en nuestro derecho sucesorio. Por su parte, la *intestata*, regía en forma similar a nuestro derecho, que es cuando no hay testamento o éste resulta inválido, por lo que el ordenamiento jurídico daba las reglas sobre las cuales se podía suceder al *de cujus*.

Estas dos formas de sucesión, fueron reguladas por dos sistemas: el de la *hereditas*, del *ius civile*, y el de la *honorum possessio*, establecido por el pretor, en cualquiera de las formas de sucesión, aparece la figura del *hereditas* que, según el maestro Di Pietro "tiene dos significados diferentes referidos al sujeto de la sucesión o *de cujus* con relación al heredero (*heres*)" y son:

"(A) En el primer sentido, el significado *hereditas* indica un complejo unitario (*universitas*) de *corpora* (cosas corporales) y *iura* (derechos), complejo considerado como un todo único destinado a ser adquirido, en un solo acto y por una sola causa, por un heredero."⁽²⁾

"(B) En el segundo sentido, *hereditas* equivale al *ius hereditatis* (derecho a la herencia), es decir, la titularidad de la herencia, el derecho del *heres* a suceder al *de cujus*."⁽²⁾

(2) DI PIETRO ALFREDO. Manual de derecho romano. Ed. De Palma.



Sin embargo otros autores manejan un tercer tipo de sucesión, como el maestro Floris Margadant establece: "El derecho romano nos ofrecía tres tipos de sucesión. La "mas debil" era la vía legítima; la vía testamentaria era mas fuerte que la legítima, ya que ésta se retiraba inmediatamente cuando se presentaba un testamento; pero la mas fuerte era la oficiosa, ya que ésta corregía inclusive la repartición prevista por un testamento. La vía legítima y la testamentaria no podían aplicarse simultaneamente a una sola sucesión, segun el sistema romano, salvo algunas excepciones."

En este caso, la figura de la vía inoficiosa fue dejada de lado por nuestro derecho, ya que estas figuras fueron cambiando con el transcurso del tiempo, otro ejemplo de ello, es el principio de que nadie puede morir en parte testado y en parte intestado, el cual fue admitiendo excepciones poco a poco autorizandose primero al soldado a que hiciera un testamento por solo una parte de su patrimonio, distribuyendose el resto de acuerdo a la vía legítima, hasta que ese principio no fue aplicado mas, siendo abandonado por el derecho moderno.

El antiguo ordenamiento sucesorio romano era en su elemento fundamental la sucesión de los herederos domésticos o (*sui heredes*), sólo una parte del derecho de familia, ya que no se necesitaba ser familiar para poder ser instituido heredero. Con la muerte del *pater familias* ocupan el lugar o posición de este sus hijos y su *uxor in manu*, asegurando así la continuidad de la familia, el culto a los dioses domesticos y la subsistencia unitaria de la empresa agrícola de la casa. Al morir el *pater familias*, "la asociación familiar se desintegra en tantas nuevas unidades familiares como personas *sui iuris* resultan con la muerte. En estas, perdura sin embargo, la familia en su esencia sagrada y jurídica. Esta pluralidad de personas, mientras sus miembros quieran, puede continuar constituida en una asociación ordenada en régimen igualitario de comunidad (*consortium*)."⁽³⁾

"La continuada comunidad de herederos domésticos entrañaba un innegable peligro. Con el crecimiento de la familia, el patrimonio heredado llegará a ser insuficiente para subvenir las necesidades de aquella. Por otra parte, la armonía y concordia entre estos socios, todos ellos con iguales derechos (convertidos en personas no sujetas a potestad), será tanto mas difícil de conseguir cuanto mayor sea el número de personas participe en los bienes heredados. Ciertamente que a tenor de un precepto de las XII Tabas, todo coheredero puede, en cualquier tiempo, solicitar la división de la comunidad y ejercitar a tal efecto la *actio familiae erciscundae*."⁽³⁾

(3) MAX KASER. Derecho Romano Privado. Segunda edición. Ed. Reus

Pero con ello había un nuevo peligro: con las divisiones repetidas a través de las generaciones, la empresa agrícola familiar experimentaba un incesante desmenuzamiento que la convertía en irrentable e insuficiente para una familia, por lo que se trataba de evitar tal procedimiento por ser lesivo para la economía pública.

"Se trataba de evitar este peligro transmitiendo el patrimonio indiviso a un solo heredero, atendiendo a los restantes de diversos modos, con tal de que éstos no constituyeran gravamen para el patrimonio hereditario. Se procuraron posibilidades de vida a los hijos excluidos de la herencia (mediante la puesta en producción de nuevas tierras, la fundación más tarde de colonias y el desarrollo del comercio y de la industria). De este modo solamente un heredero recibía la totalidad de la herencia, pero para ello era preciso excluir formalmente de la misma a los demás coherederos y privarles de toda expectativa hereditaria. Para conseguirlo se disponía de determinados actos *inter vivos*: la disminución del número de hijos mediante la *emancipatio*, la transmisión de un hijo a otra familia por la *adoptio*, y tratándose de hijas, dando estas en matrimonio *in manu* (con la dote)."⁽⁴⁾

Para este efecto se halló un nuevo y eficaz recurso, el testamento con institución de heredero, en el que el *pater familias* designa a la persona que ha de heredarle, desheredando a los demás que tubiesen derecho a la misma, el cual analizaremos con posterioridad, así como la sucesión intestamentaria que a continuación analizamos.

I.1.1.- DE LA SUCESION LEGITIMA.

"herederos domésticos (*sui heredes*) son todas las personas libres que con la muerte del causante pasan a ser *sui iuris*. La sociedad familiar se disgrega en tantas familias cuantas son las personas que quedan libres de poder. Las personas que carecen de individuos libres sometidos a su potestad (como las mujeres, las cuales no pueden tener poder familiar alguno), constituyen una familia *per se*. todas estas familias en los tiempos antiguos, viven unidas hasta la partición de la herencia, en un *consortium* o comunidad hereditaria."⁽⁴⁾

Así es como el maestro Kaser inicia su estudio de la sucesión legítima en Roma, en este caso, al morir el *Pater familias*, quedaban en libertad las personas que estaban bajo su potestad por ley a la muerte de este.

(4) Op. Cit.

"Con la división de la herencia resultan las partes que a cada familia corresponden. Estas partes se calculan por estirpes (*stirpes*): Cada uno de los hijos del causante y también su *uxor in manu*, forma una estirpe y a cada una de éstas corresponde una parte igual en la herencia. Si un hijo ha premuerto o perdido su vinculación agnaticia con la familia, adquieren su parte sus hijos y su mujer *cum manu*; lo mismo ocurre en el caso de un nieto premuerto, etc. La *uxor in manu* se halla *filiae loco* y recibe la misma parte que el hijo del causante."⁽⁵⁾

En las XII tablas, se establecía que si el causante no dejaba *heredes sui*, el patrimonio hereditario era adquirido por los agnados colaterales más próximos, y en su ausencia, por los gentiles, esta sucesión de los gentiles cae en desuso en los comienzos del periodo clásico. Por su parte, el orden establecido por el pretor para la sucesión intestada (*honorum possessio intestati*) a fines de la república, intenta superar los defectos de que adolece la sucesión civil *ab intestato* teniendo en cuenta a los parientes consanguíneos y a los cónyuges. En este punto, ya hay más similitudes con el derecho moderno, puesto que a diferencia de la sucesión en el Derecho Civil, los herederos pretorios son agrupados en diversas clases, las cuales son llamadas sucesivamente, "cada clase dispone de un plazo para solicitar la *honorum possessio*: un año para padres e hijos del causante: el plazo corriente es de 100 días. Si el plazo transcurre sin solicitar la *honorum possessio*, podrá solicitarla la clase inmediata. En la clase de los cognados, son llamados primeramente los parientes de grado más próximo y sucesivamente los de grado más lejano, *successio ordinum et gradum*"⁽⁵⁾.

Es importante recordar en este punto, que según el derecho romano, *heres* es el heredero, según el Derecho civil, cuyo llamamiento es debido a leyes (como las XII tablas), Senado-consultos o Derecho imperial. Al respecto el maestro Kaser comenta:

"El derecho de los antiguos tiempos sólo reconoce como herederos a los herederos domésticos (*sui heredes*). De los demás herederos no domésticos las XII tablas sólo dicen que (deberán tener) los bienes familiares sin designarlos como herederos. De los herederos no domésticos se sospecha que podían conseguir la situación de *heredes* mediante usucapión (*usucapio pro herede*). Como quiera que sea, no pudo faltar a éstos la protección que otorgaba la acción real de petición de herencia (*hereditatis petitio*, ésta denominación es quizá más reciente), e incluso la disfrutaron antes de haber consumado la usucapión."

(5) Op. Cit.

Como el pretor no podía hacer a nadie propietario civil, así tampoco podía declararle *heres*. Con el *in bonis habere* se sitúa a determinadas personas en la misma posición que ocuparían si fuesen propietarios, protegiéndoles en ciertos casos contra quienes lo son, según el Derecho Civil, y del mismo modo considera también a ciertas personas, como si fuesen herederos civiles sin serlo. Esto constituye el Derecho hereditario pretorio, llamado *bonorum possessio*.

En este orden de ideas, para la *bonorum possessio intestati* de los causantes ingenuos, se establecieron cuatro clases:

a). En la clase *unde liberi* llamaba el pretor no simplemente a todos los descendientes consanguíneos, sino a los *sui heredes* y, por consiguiente, también a los hijos adoptivos y a los descendientes que por *emancipatio* u otra (*capitis deminutio*) hubieran quedado libres del poder paterno; no llamaba en cambio a los que por *adoptio* hubieran ingresado en otra familia.

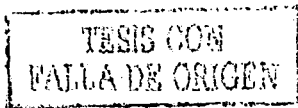
"Lo mismo que en la sucesión civil, hombres y mujeres reciben igual trato. La herencia se distribuye por estirpes, entre los varios llamados de grado igualmente próximo, y son también admitidos los póstumos cuando hubieran sido llamados como *sui*."(6)

b). En la clase *unde legitimi* figuran las personas que al tiempo de solicitar el otorgamiento de la *bonorum possessio* son llamados a la sucesión por el Derecho civil. Los *sui heredes* (no obstante haber sido ya llamados en la clase *unde liberi*), seguidamente el *proximus adnatus* y también en tiempos antiguos los gentiles.

c). En la clase *unde cognati* figuran todos los parientes consanguíneos hasta el sexto grado, y en el séptimo grado solamente los hijos de los nietos del hermano (*sobrino nati*). Los más próximos en grado excluyen a los más remotos, y los de grado igual se distribuyen la herencia por cabezas (principios que rigen la sucesión legítima hasta nuestros días).

"Los hijos de hermanos (cuarto grado) son llamados *consobrini* y los nietos de hermanos (sexto grado) *sobrini*. El parentesco de consanguinidad puede derivar de la madre, lo mismo que del padre. Es suficiente el parentesco legítimo derivado de la madre. Parentesco adoptivo es equiparado al consanguíneo. El *postumus* es también tenido en cuenta cuando nace vivo."(6)

(6) Op. Cit.



Al respecto, podemos observar que estas reglas sobre la sucesión legítima en Roma, siguen vigentes hasta nuestros días, como principios que rigen nuestro derecho sucesorio podemos destacar los derechos hereditarios de los hijos póstumos, así como también la sucesión por estirpes o por cabezas, de las cuales nos ocuparemos en capítulos posteriores.

d). En último lugar llamaba el pretor a los cónyuges de la clase *unde vir et uxor* cuando el matrimonio subsistía al tiempo de la muerte.

En contraposición con las reglas descritas con anterioridad, el maestro Kaser menciona algunos cambios en las mismas dependiendo de las circunstancias y sobre todo de la posición social del autor de la sucesión: "Si el causante es un liberto, se producen ciertas desviaciones de los anteriores principios, debidas al hecho de carecer el liberto de parientes colaterales agnados y de no tomarse en consideración el parentesco de sangre creado en situación de esclavitud (*servilis cognatio*). En lugar de los colaterales, sucede el patrono con sus descendientes y demás parientes. Constituye un caso especial el de la *bonorum possessio* por muerte del emancipado."

Así pues, podemos establecer cuatro puntos que resumen la figura de la *bonorum possessio* y según el maestro Alfredo Di Pietro son:

I. "Objeto de la *bonorum possessio* —al igual que el de la *hereditas*— era la universalidad de cosas y derechos del *de cuius*, en la que unitariamente y por el sólo acto de la concesión pretoriana, sucedía el *bonorum possessor*, que de no surgir quien tuviere un mejor título de sucesión llegaría, con el transcurso del tiempo, a usucapir las cosas —*usucapio hereditatis*— y; con el ejercicio de *acciones utiles*, a realizar los derechos personales. Es decir, a conseguir una titularidad, de acuerdo al *ius civile*, de todos los derechos reales y personales que había investido el *de cuius*."

II. "La *bonorum possessio* surgió dentro del derecho sucesorio como institución meramente posesoria: fue atribuida tanto (A) como posesión provisional de los bienes hereditarios mientras se desarrollaba un proceso de petición de herencia, como (B) en favor de aquellos que, justificando prima facie una pretensión a la herencia —fuese testamentaria o *ab intestato*—, solicitaban ser puestos en la posesión de los bienes hereditarios sin necesidad del más complicado procedimiento de una *hereditatis petitio*."

La *bonorum possessio* tenía, pues, un carácter subordinado y auxiliar del sistema de la *hereditas*; resultaba entonces sin efectividad sustantiva



–*sine re*–, pues quien la había obtenido estaba destinado a sucumbir frente a quien hiciera valer un mejor título de acuerdo con el *ius civile*.

III. “Empezó siendo, pues, una institución confirmatoria o coadyuvatoria del *ius civile*. Pero esto evolucionará en dos sentidos: (A) se comenzará a dar la *bonorum possessio* no solo a los que invocaban ser herederos de acuerdo con el *ius civile*, sino también a otras personas; (B) en muchos supuestos se la otorgó *cum re*, es decir, con criterio prevaleciente sobre lo dispuesto por el *ius civile*. La *bonorum possessio* resultó, entonces, ampliatoria y correctoria, respectivamente, del *ius civile*.”

(A). “1) El pretor acostumbró a conceder la *bonorum possessio* a personas instituidas como herederas por cierto acto testamentario no válido según el *ius civile* –testamento pretorio-. Se trataba de una *bonorum possessio secundum tabulas* (de acuerdo con las tablillas en las que estaba escrito el testamento).”

“2) En los casos en que el *de cuius* había muerto intestado, el pretor llegó a conceder la *bonorum possessio* a personas unidas al *de cuius* por cognación, vínculo no contemplado hasta la época por el *ius civile*. Se trataba entonces de una *bonorum possessio sine tabulis* (sin tablillas).”

“3) Por último se concedió la *bonorum possessio*, aun existiendo testamento, a personas no instituidas por el *de cuius*. En estos casos se hablaba de una *bonorum possessio contra tabulas* (contra las tablillas).”

(B) “Si tenemos en cuenta que el *bonorum possessor* se convertía en propietario *ex iure quiritium* a través de la *usucapio*, es decir, de acuerdo al *ius civile*, y que a través de las *actiones utiles* concedidas por el pretor llegaba a realizar en su favor los derechos de crédito del *de cuius*, resultaba que, sin alcanzar la categoría de *heres* –que solo podía ser conferida por testamento o normativa del *ius civile*–, llegaba al mismo resultado práctico que el *heres*: suceder al *de cuius* en todos sus derechos reales y personales.”

“Resultaron, pues, dos sistemas: el del *ius civile*, que determinaba la calidad de heredero, y el pretoriano, que concedía la *bonorum possessio*. La concurrencia de estos dos sistemas llevó a la necesidad de ir articulando un orden de preferencia entre los herederos del *ius civile* y los *possessores* del derecho pretoriano.”

"Si el pretor concedía la *honorum possessio* a una persona no contemplada por el *ius civile* o ubicada en este en un segundo término, había que resolver en cada hipótesis si el heredero civil podía actuar exitosamente contra el *honorum possessor* por medio de una *hereditatis petitio*. La doctrina hablaba de *honorum possessio sine re* o *cum re*, según que el titular de ella debiera ceder su posesión o mantenerla ante la pretensión del heredero civil. Así, por ejemplo, un escrito de Antonino Pio concedió al *honorum possessor secundum tabulas* —testamento pretoriano— el rechazar con una *exceptio doli* la *hereditatis petitio* de los herederos civiles *ab intestato*: esa *honorum possessio* resultaba, así, *cum re*."

IV. "Al confundirse en la época posclásica el *ius civile* con el *ius pretorium* u *honorarium*, al convertirse las *actiones utiles* en simplemente directas, al unificarse la propiedad bonitaria con la quirítaria, la distinción entre *honorum possessio* y *hereditas* perdió contenido substancial y sólo subsistió en la terminología y formalidades del procedimiento."

Por otra parte, hay ciertas características que eran compartidas por los dos tipos de sucesión (herencia testamentaria y la herencia *ab intestato*), entre ellas estaba la DELACION de la herencia, la cual consistía según el maestro Di Pietro en que: "Para que alguien pueda ser llamado *heres* —heredero— o *honorum possessor* —poseedor del patrimonio hereditario— es necesario que exista alguna causa de delación en virtud de la cual la misma le sea (deferida) —*deferre hereditatem*— o por la cual sea (llamado) —*vocare ad hereditatem*—".

Otra característica compartida por ambas sucesiones se da cuando el heredero no ha aceptado la herencia todavía, por lo que al no pertenecer tampoco al causante, esta parece no ser de nadie, en este caso, se le denominó HERENCIA YACENTE, esta figura trajo consigo algunas dificultades pues los romanos en un principio se refirieron a ella como una *res nullius* o *sine domino*, "cosa nula o sin dominio", siendo así cualquier persona se podía apoderar de la herencia sin cometer ningún delito, hasta que Marco Aurelio creara el delito de despojo de la herencia, y así para protegerla, el pretor nombraba un curador para cuidar de los bienes. En algunos casos inclusive se llegó a pensar que los romanos le daban personalidad jurídica propia a la herencia siguiendo el principio de *hereditas personae vice fungitur* "la herencia cumple las veces de la persona", pero esto no aparece del todo claro en los manuscritos antiguos y ni siquiera en las compilaciones Justinianas.

En este orden de ideas, podemos establecer que el ACRECIMIENTO de la herencia también era procedente en los dos tipos de sucesión y tiene su legado en el derecho sucesorio actual, ya que como ahora, en

el caso de que existieran varios herederos, en el derecho romano había la posibilidad de que uno de ellos no quisiera o no pudiera ser heredero, por lo que de manera automática su parte pasaba a acrecentar la de los demás herederos. El fundamento del *ius accrescendi* aparece en la idea de que ya fuese por la ley o por voluntad del testador, los herederos son considerados solidarios *in solidum* con respecto de la herencia, por lo que el vacío dejado por uno debe ser llenado por los demás.

En el caso de tratarse de herederos *ab intestato*, si uno no podía o no llegaba a ser heredero, su porción era repartida entre los demás, agregándose a las suyas propias. Pero en el caso de la herencia testamentaria, se daban varios supuestos como que si había un solo heredero por una parte de la herencia, este acrecía por toda la herencia en virtud del principio romano de que nadie puede morir testado en parte y en parte intestado. Si había varios herederos y no había ninguna especificación al respecto, todos acrecían en forma proporcional.

Por último, existía una figura que nuestro derecho sucesorio dejó de lado, que se llamaba COLACION de herencia y consistía en la obligación que tenían en la sucesión *ab intestato* aquellos descendientes que, ya por ser emancipados y contar por esta razón con un patrimonio propio, ya por otras causas, hubieran recibido favorecimientos del causante de denunciar dichos bienes y aportarlos al patrimonio de la sucesión, esta figura se creó para proteger la igualdad de todos los herederos *ab intestato* ya que así todos heredaban en la misma proporción, como ya se mencionó esta figura ya no existe en nuestro derecho sucesorio en virtud de la evolución del mismo, así como de las figuras de los derechos reales y sobre todo de la propiedad.

I.1.2.- DE LOS TESTAMENTOS.

La institución romana del *testamentum* consistía en la designación por parte del sujeto (ahora lo llamamos otorgante) de determinadas formas al o los herederos, y además, eventualmente, disponía de sus bienes o de parte de ellos, estas manifestaciones de voluntad tenían eficacia jurídica como hoy en día hasta el momento de la extinción de la persona física del testador.

Así como ahora, la herencia testamentaria precedía necesariamente a la herencia *ab intestato*, por lo que muerto el *de cujus* primero corresponde averiguar si dejó expresada su voluntad en un testamento, y de no ser así o de haberse declarado nulo el existente o en su caso de no existir herederos, se procedía a abrir la herencia intestamentaria o *ab intestato*.

Al respecto, el maestro Di Pietro, establece un concepto de testamento según los preceptos romanos y del que podemos apreciar no dista mucho del concepto que en la actualidad tenemos de dicha figura: "El testamento es un acto solemne de última voluntad por medio del cual se instituye heredero. Puede contener otras cláusulas —manumisiones, legados, dación de tutor—, pero, en principio, la eficacia de las mismas dependerá de la existencia de la institución de heredero (*heredis institutio*), de la cual Gayo dice bien claramente, resaltando su importancia, que es *caput et fundamentum testamenti* (cabeza y fundamento del testamento)."⁽⁷⁾ Podemos observar que el testamento no solo era considerado como un medio de disponer de los bienes para después de la muerte del testador, sino que también podía contener otras cláusulas o declaraciones como en la actualidad ya que nuestra legislación establece que el testamento es medio válido para reconocer hijos y realizar otras manifestaciones, así podemos establecer que aun cuando la figura ha evolucionado, los principios por los que fue creada siguen siendo los mismos.

En sus inicios, el testamento distaba de ser la figura que ahora conocemos pues, como ya se dijo fue evolucionando en cuanto a su forma de otorgamiento, pasando de ser oral a escrito, así también los requisitos indispensables para el otorgamiento y validez cambiaron según las condiciones y necesidades del momento. "Gayo menciona dos formas antiguas de testamento que en su época aparecían como recuerdos históricos: el *testamentum calatis comitiis*, que se efectuaba delante de las curias dos veces al año, y el *testamentum in procinctu*, delante del ejército formado en orden de batalla; probablemente, con ambas formas se realizaba solo el nombramiento del heredero."⁽⁸⁾ Ahora se considera por la doctrina que el *testamentum in procinctu* solo contenía disposiciones a título de legado.

En este punto de la evolución del testamento, podemos observar que el mismo es otorgado ante determinadas autoridades de viva voz, pero no se expresa en los relatos antiguos, si es que esas autoridades tomaban constancia por escrito de las disposiciones testamentarias del otorgante, lo cual hace suponer que solo eran transmitidas de forma verbal a los herederos. Mas adelante empieza a cambiar la forma de otorgamiento con la creación de la *mancipatio familiae*, que consistía en una especie de testamento especial por su forma de otorgamiento, y podía hacerlo aquel que no hubiera hecho testamento por medio de las dos anteriores formas y se sintiera pronto a morir, "Por medio de la *mancipatio*, (el testador) transmitía la propia *familia*, es decir, su patrimonio, a una persona de su confianza (*familiae emptor*), encargándole que después de su muerte entregara sus bienes a determinadas personas. Tal acto era designado con el término de *testamentum per aes et libram*, o también *mancipatio familiae*."⁽⁹⁾

(7) ALFREDO DI PIETRO Manual de Derecho Romano Cuarta edición Ed. Depalma

(8) EDUARDO VOLTERRA Instituciones de Derecho Romano Privado Primera edición Ed. Civitas

De la descripción anterior, se desprenden varios puntos que pudieron traer discusiones en cuanto a la naturaleza de dicha figura, pues si bien es cierto que el testador dejaba instrucciones para la disposición de sus bienes para después de su muerte, también lo es que transmitía su patrimonio al *familiae emptor* por un acto *inter vivos* y no por *mortis causa* que es el principio del testamento, además de que no se transmitían las deudas y los créditos, sino solo los bienes, lo cual contradice el principio de las disposiciones testamentarias romanas. Por otra parte, tampoco se sabe con qué modalidades se efectuaba la asignación de los bienes a los designados después de la muerte del "otorgante".

A pesar de los inconvenientes que esta forma de testamento producía, el mismo fue evolucionando y una vez caídas en desuso las dos formas antiguas *calatis comitiis* e *in procinctu*, se desarrolló a partir de la *mancipatio familiae*, una nueva forma de testamento que fue llamado también *testamentum per aes et libram* debido a las formalidades usadas, ya que la *mancipatio* no era usada para transmitir el patrimonio al *familiae emptor* sino que le permitía al testador a través de las formalidades del acto efectuar una *nuncupatio* en la que manifestaba su voluntad testamentaria y a la que las doce tablas concedían plena eficacia.

Esta manifestación de la voluntad del testador que estaba destinada a tener eficacia jurídica después de la muerte del otorgante, podía ser hecha oralmente con la *nuncupatio* durante la *mancipatio familiae*, o por escrito en unas tablas enceradas que se presentaban cerradas a los testigos durante la *mancipatio*, declarando con una *nuncupatio* que dichas tablas contenían su testamento (el cual consistía en el nombramiento de herederos, y en forma eventual a la asignación de los bienes patrimoniales, a la manumisión de los esclavos, y la designación de tutor para los *filii familias*). El maestro Volterra nos explica el giro que da esta figura después de la desaparición de las formas antiguas de testamento: "El efecto de la *mancipatio familiae* no era, pues el de atribuir al *familiae emptor* la cualidad de heredero y de hacerle adquirir derechos con el encargo de transmitirlos, a su vez, a otros, sino el de otorgar, a través de la *nuncupatio* del disponente, tanto a la manifestación oral de voluntad testamentaria como a las tablas que contenían la expresión de tal voluntad y que habían sido presentadas a los testigos, el valor y eficacia jurídica de *testamentum*, de modo que a la muerte del disponente tuviera lugar, en virtud de él, la delación a los herederos designados en el mismo." Lo que significaba que el *familiae emptor* no tenía que realizar ya ninguna actividad puesto que ya no tenía lugar el traspaso del patrimonio al mismo como ocurría en la *mancipatio familiae* originaria, sino que la misma se hacía de forma directa del testador a los designados, además, de esta forma sí era posible la transmisión de las deudas y los créditos que en la *mancipatio familiae* originaria no habría sido posible transmitir, el testamento a diferencia de la *mancipatio familiae* era simple revocable por el testador durante la vida de éste.

"Finalmente, hay que observar que mientras que la declaración oral del testador, efectuada con la *nuncupatio*, hacia que los testigos conocieran el contenido de su voluntad, la presentación de las tablas permitía al testador dar valor jurídico a su voluntad testamentaria, manteniendo en secreto el contenido de ésta."⁽⁹⁾

"Gayo describe el procedimiento seguido para la presentación de las tablas testamentarias en la *mancipatio familiae*; el testador, despues de haber escrito el testamento (normalmente, segun el sistema usado por los romanos, en tablillas de madera cubiertas de cera), efectuaba delante de cinco ciudadanos romanos púberes y el *libripens* la ceremonia formal de la *mancipatio familiae*. En ella, el *familiae emptor* pronunciaba las palabras siguientes: *familia pecuniaque tua endo mandatelam custodelamque meam, quo tu iure testamentum facere possis, secundum legem publicam hoc aere* (y segun algunos, añadiendo *aneaque libra*) esto mihi *empta*. Como puede constatarse, el *familiae emptor* declaraba que la *familia* del disponente, adquirida por el con la *mancipatio*, estaba bajo su custodia con el único fin de que el otro pudiera hacer testamento segun la ley. Por ello, él mismo golpeaba la balanza con un trozo de bronce que daba despues al testador como simbolo de pago por la adquisición de la *familia*. En este momento, el testador, sosteniendo las tablas del testamento, pronunciaba la *nuncupatio* siguiente: *haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt ita do ita lego ita testor itaque vos, quirites, testimonium mihi perhibetote*."⁽⁹⁾

"Las tablas enceradas eran presentadas a los testigos cerradas, esto es, sobrepuestas unas a las otras, de forma que en las partes internas (excluidas, pues, la primera y la última que eran visibles exteriormente) estuvieran escritas las disposiciones testamentarias. Un senadoconsulta de la época de Nerón, estableció que las primeras dos *cerae* (esto es, tal como comúnmente se entiende, la segunda interna de la primera tablilla y la primera de la segunda) debían tener solo el nombre del testador y ser mostradas a los testigos; y esto con el fin de impedir que un falsificador presentara a los testigos un testamento atribuido en la escritura interior a otra persona que lo ignorara; y establecía, además que las tablas superpuestas estuvieran perforadas en su grosor con agujeros correspondientes a los de las otras, y que através de ellos pasaran tres veces hilos o lazos para mantenerlas ligadas entre sí. Estos eran fijados en la cara externa de la última tabla con los sellos de los testigos, los cuales ponían al lado de sus nombres como garantía de que las *tabulae* contramarcadas de esta forma eran las que el testador les había presentado y que había tenido en sus manos durante la ceremonia de la *mancipatio*. Parece que puede deducirse de las fuentes que, además de las tablillas enceradas, podía usarse también otro material de escritura."⁽⁹⁾

(9) EDUARDO VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Romano Privado*. Primera edición Ed. Civitas.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

Encontramos después el mal llamado testamento pretorio, ya que en realidad el pretor no introdujo un nuevo tipo de testamento ni suprimió el *testamentum per aes et libram* sino que "decaro en su edicto que concedía la *honorum possessio* a cualquiera que la solicitara, presentando una escritura redactada sobre cualquier material, firmada por siete testigos, con la cual un sujeto jurídico que disfrutara de la *testamenti factio* activa y, naturalmente, difunto ya en el momento de la presentación, hubiera instituido heredero al solicitante mientras estaba vivo; la *honorum possessio* era concedida independientemente del hecho de que tal escritura hubiera sido presentada o no por el disponente en una *mancipatio familiae*, declarando con una *nuncupatio* que contenía su testamento y pidiendo a los testigos que dieran testimonio de ello."⁽¹⁰⁾ dicha disposición fue fijada posteriormente en forma definitiva en el edicto perpetuo de Adriano.

Así pues con la facultad discrecional del pretor, dentro de su ámbito de jurisdicción, concedía la *honorum possessio secundum tabulas* basándose en la solicitud hecha en virtud del derecho expresado en las tablas o mediante la *nuncupatio* manifestada ante testigos, por lo que se prescindía del acto de la *mancipatio familiae* y la *nuncupatio* ya no era el acto por el que se declaraba valor de *testamentum*, sino que se le daba plena eficacia al respecto a las *tabulae*, es decir al escrito en el que el disponente manifestaba su última voluntad, con el requisito de que estuviera "contraseñado" por los siete testigos con sus respectivos sellos. Es de este modo como las *tabulae* conteniendo la institución de heredero, y selladas por los testigos constituyen el *testamentum*.

"Si un testamento escrito, realizado según las normas del Derecho civil, esto es, mediante la presentación de las *tabulae* a los testigos de la *mancipatio familiae*, era nulo *iure civili*, en cuanto que no se habían observado las formalidades de la *mancipatio* o de la *nuncupatio*, hubiera tenido que abrirse la sucesión intestada, según los principios del derecho civil romano y, por tanto, habrían tenido que ser llamados a la sucesión los herederos legítimos en el orden dispuesto por el *ius civile*. Pero supuesto que el pretor concedía la *honorum possessio* a los herederos indicados en las *tabulae*, a condición de que éstas estuvieran contraseñadas por los sellos de siete testigos, surgía una oposición entre el Derecho civil, que atribuía la *delatio* a los herederos civiles, y el edicto pretorio, que concedía la *honorum possessio* a los herederos indicados en las *tabulae*. Primeramente prevalecieron los herederos civiles *ab intestato*, que podían reivindicar los bienes hereditarios retenidos por los *honorum possessores*, pero después un rescripto de Antonino Pio concedió a estos últimos poder rechazar las exigencias de los primeros mediante una *exceptio doli mali*, de modo que también en virtud del derecho imperial el *heres scriptus* será preferido siempre al *heres iuris civilis*."⁽¹⁰⁾

(10) Op. Cit.

Como podemos observar, en esta etapa de la evolución del derecho sucesorio, se dió mas importancia a la voluntad del testador aun cuando no se hayan cubierto todas las formalidades de las formas testamentarias vigentes, propiciando un conflicto de leyes pero que al paso del tiempo y de los casos particulares fue aceptándose esta nueva forma de testar en virtud del espíritu por el que fué creada esta figura del testamento pretorio, y que fué como lo es en nuestro derecho sucesorio, el respetar la voluntad del testador. Al respecto, el Maestro Arias Ramos nos comenta: "La jurisprudencia reguló también el caso de dos testamentos, uno civil y el otro pretorio, redactados por la misma persona, atribuyendo a ambos un valor igual y dando la preferencia a aquel de los dos que fuera de fecha mas reciente."⁽¹¹⁾

Es de hacer notar, que en esta época se establecen tambien los testamentos especiales que como en nuestros dias, tenían una formalidad distinta a los demas tipos de sucesión, entre ellos podemo nombrar al testamento militar o *testamentum militum*, que como decia Gayo, lo hacen "como quieran o como puedan".

En efecto, así como en nuestros días, el testamento militar es considerado por los juristas romanos como especial en virtud de su forma de otorgamiento, así como los requisitos del mismo, pues se concedió a los soldados el privilegio de expresar en cualquier forma y en cualquier momento su voluntad testamentaria, atribuyendole a ésta, de cualquier modo en que hubiera sido manifestada, pleno valor jurídico, y este privilegio era otorgado a los militares en servicio desde el momento de su enlistamiento y hasta el momento de la licencia, este testamento militar hecho en servicio tenia validez hasta un año despues de la licencia, a menos que ésta hubiera sido ignominiosa.

En éste tipo de testamento, por su amplitud de privilegios se diferenciaba sustancialmente del testamento común, en cuanto que varias limitaciones y normas no le eran aplicables, el Maestro Volterra establece en particular las siguientes: "a) el *fillusfamilias miles*, aunque privado segun el *ius civile* de la *testamenti factio* activa, puede hacer testamento válidamente, en la forma que quiera, en orden de su *peculium castrense*; b) el militar puede hacer testamento en favor de personas privadas de la *testamenti factio* pasiva, como peregrinos, latinos, deportados y muchas otras (parece que solo se excluian los esclavos, comprendidos los *servi poenae* y, en el Derecho tardio, los herejes); c) si el militar, por último acto de voluntad, dispone sólo de una parte de sus bienes, se abre la sucesión intestada para la parte que queda, no aplicandose el principio *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*; d) la institución de herederos en cosas determinadas hecha por el militar tiene la eficacia de hacer

(11) J. ARIAS RAMOS Derecho Romano II. Vigésima edición Ed. Revista de Derecho Privado

que los instituidos obtengan las cosas asignadas a ellos y de gravarlos *ipso iure* con las deudas del difunto relativas a esas cosas, como si se tratara de *hereditates* distintas; si uno de los herederos instituidos *ex re certa* renuncia a su cuota, ésta va a los herederos legítimos y no tiene lugar el derecho de acrecer de los herederos testamentarios; e) el militar puede hacer varios testamentos, todos igualmente válidos, y puede asignar la *hereditas* a varias personas incluso en el mismo testamento, con la consecuencia de que cada uno de los herederos responde solo de las deudas que se refieren a los bienes que le son asignados; f) las disposiciones contenidas en un codicilo añadido por el militar al propio testamento tienen el mismo valor que las disposiciones testamentarias y pueden ser también a título universal; g) el militar puede instituir herederos bajo condición o término y nombrar otros herederos para después de que venza el plazo, o para la verificación o nó de la condición; h) los legados dispuestos en el testamento militar no están sujetos a la reducción dispuesta por la *lex Falcidia*.⁽¹²⁾

Algunos historiadores y romanistas han establecido que las disposiciones para el testamento militar romano se encuentra influenciado por otro tipo de derechos distintos del romano como el helenístico, se ha establecido que lo que probablemente se buscaba con este tipo de testamento era que los militares independientemente de la clase de *gens* de la que provinieran, pudieran disponer de sus bienes con actos de voluntad que debían de realizarse en circunstancias excepcionales.

“En el Derecho Justiniano, en el que algunas de las reglas propias un tiempo del *testamentum militis* son aplicadas también a los testamentos ordinarios, el instituto aparece no ya como un régimen particular de testamento, del que gozan los *milites* por privilegio personal, sino como una forma de testamento debida a la imposibilidad para los soldados en guerra de observar las formas usuales de los testamentos. Por tanto, no puede ser usado por todos los militares sino sólo por aquellos que se encuentran en operaciones bélicas (*in expeditionibus occupati*).”⁽¹²⁾

además del enumerado con anterioridad, existían otros testamentos especiales y nó por que fueran establecidos como tales por la legislación romana, sino por que los mismos no cumplían con las reglas generales para su otorgamiento, al respecto, el maestro Di Pietro menciona los siguientes:

“En los testamentos celebrados en tiempos de epidemia —*testamentum pestis tempore*— se dispensaba el requisito de la unidad del acto, pudiéndose reunir los testigos en forma separada y en momentos distintos.

(12) EDUARDO VOLTERRA Instituciones de Derecho Romano Privado. Primera edición Ed. Cititas

En los testamentos celebrados en zonas rurales *-testamentum ruri-*, por la dificultad de encontrar testigos se exigían solamente cinco. Y si uno o varios no sabían escribir, bastaba que los otros firmaran por ellos.

Si el testador era ciego o no sabía escribir podía *-desde la época del emperador Justino-* dictar su testamento en forma oral. Más tarde pudo también testar por escrito utilizando un octavo testigo que supiera escribir o dictándose a un escribano (*tabularius*).

Si el testamento era otorgado en favor de la iglesia o de instituciones pías, podían obviarse algunas formalidades e, incluso, prescindir de ellas, en favor de la validez de las disposiciones testamentarias.

Por una disposición de Constantino *-acogida por Teodosio II y por Justiniano-* se determinó que si un *pater* hacía disposiciones en favor de sus hijos y descendientes llamados a heredar *ab intestato*, aun que no fuera formalmente un testamento, podía valer como tal *-testamentum parentis inter liberos-* mientras no contuviera ninguna disposición a favor de tercero."

En cuanto al testamento ológrafo, no hay mucha información al respecto, solo se encuentra una figura en el año de 446 d.C. mencionada por una constitución de los emperadores Teodosio II y Valentiniano III, en la cual se determinó que "si el testamento era *holografa manu* (por mano que lo ha escrito todo), es decir, escrito por el testador de su propia mano, no eran necesarios los testigos, dicha disposición no fue aceptada por Justiniano, sin embargo se aplicó en la *lex romana Burgundionum*."⁽¹³⁾

En cuanto a su aplicación, hay datos de que no se aplicó en todo el imperio, sino que "el testamento escrito de propia mano del testador y firmado por éste, se admite solo en Occidente (*per holographam scripturam*), la larga evolución de este testamento influye en su forma actual."⁽¹⁴⁾ Así se crea la figura del testamento ológrafo, figura que es usada por el derecho medieval y aceptada por los códigos modernos como el italiano (arts. 601 y 602) y desde luego por nuestra legislación.

(13) ALFREDO DI PIETRO. Manual de Derecho Romano. Cuarta edición Ed. Depalma.

(14) MAX KASER. Derecho Romano Privado. Segunda edición. Ed. Reus.

Ahora bien, como podemos apreciar, la figura del testamento y en general las sucesiones tenían una gran importancia para la cultura romana, por lo que como hemos visto se crearon diversas reglas para asegurar la validez y legalidad de dichas sucesiones, una de ellas es la *testamenti factio*, el maestro Di pietro nos dá un concepto de ésta figura y nos la explica de la siguiente manera:

"Los romanos empleaban la expresión *testamenti factio* para referirse a la capacidad de otorgar testamento, de intervenir como testigo, de ser heredero o legatario o de obtener cualquier favorecimiento por disposición testamentaria."

Usualmente solemos distinguir la *testamenti factio activa* de la *testamenti factio pasiva* por que la primera corresponde al testador y la segunda a los herederos, legatarios, testigos, etc.

Al respecto el maestro Di pietro continua diciendo: "*Testamenti factio activa*.— la regla general es que la persona que quiera disponer por testamento debe estar en posesión de los tres *status*: ser libre, ciudadano romano y *paterfamilias*. Además, debe gozar de la capacidad de hecho para poder hacerlo."

Siendo esta la regla general, había excepciones y casos fuera de la misma como los siguientes:

"A). El *servus publicus* (esclavo público) que puede disponer hasta la mitad de su peculio, y los *filifamilias* que pueden disponer por testamento hasta el monto de su *peculium castrense* y *quasi castrense*.

B). Por faltarles capacidad de hecho, no pueden hacer testamento a) los impúberes; b) el *furiosus* —salvo en los intervalos lúcidos— y el *mente captus*; c) el pródigo; d) en la primera época, los que padecieran de total mudez o de sordera, por no poder expresar, los primeros, las palabras solemnes correspondientes al acto, y los segundos, por estar incapacitados para escucharlas. Posteriormente, Justiniano permitirá como válidos los testamentos efectuados por ciertas personas, letrados y eruditos, aun cuando hubieran perdido el habla o la condición de oír.

C). En principio las mujeres no podían testar; pero sí podían hacerlo cuando, estando sometidas a la tutela de su sexo, lograban liberarse mediante una *coemptio fiduciaria*. A partir de un senadoconsulto de Adriano

podrán hacerlo con la *auctoritas* del tutor. Cuando desaparece la *tutela mulierum*, las mujeres quedarán en libertad de testar.

D). en cuanto a la facultad de manumitir por testamento, que la *lex Aelia Sentia* establecía en la edad de 20 años para producir los efectos allí señalados, Justiniano la reducirá a los 18 años cumplidos.

E). Referente al requisito de ser ciudadano romano, quedarán exentos los latinos *veteres* y los *coloniarum*, no en cambio los *iuniani*.

F). El peregrino puede hacer testamento conforme a su *ius civile*; pero tal derecho no se le reconoce, en cambio, al peregrino *deditico*.⁽¹⁵⁾

Como podemos observar, las excepciones hechas se fueron convirtiendo en reglas o modalidades de las formas de suceder comunes. En cuanto a la forma de heredar, también encontramos la regla general y las excepciones más comunes:

"Testamenti factio passiva: En principio la posee el que tiene los tres *status*. Pero se pueden dar varios supuestos.

A). Así, los *filii* y los esclavos pueden ser instituidos herederos o legatarios, pero lo que logren pasa al patrimonio del *pater*. La aceptación tiene que ser hecha por autorización del *pater* o del *dominus*, respectivamente. El esclavo puede adquirir del dueño por testamento, si al mismo tiempo es manumitido en el mismo testamento.

B). En cuanto a los *latini iuniani*, si bien tendrían esta facultad, la parte que les perteneciese se volvía *caduca* e iba a parar al fisco, a menos que adquiriesen la ciudadanía en el plazo de aceptación de la herencia (*cretio*).

C). En cuanto a las personas inciertas (*incertae personae*), es decir, aquellas no claramente instituidas, como ser las que resultasen de una situación como la siguiente: (Que sea mi heredero el primero en venir a rendirme las honras fúnebres), no podían ser herederos.

(15) ALFREDO DI PIETRO. Manual de Derecho Romano. Cuarta edición Ed. Depalma

D). En cuanto a las mujeres, por la *lex Voconia* se les prohibió adquirir como herederas por testamento de quienes estuvieran en la primera clase —los más ricos, que eran aquellos que poseían una fortuna superior a los 100.000 ases—, aunque, de todos modos, podían adquirir por legados hasta una cantidad igual a la de los herederos.

E). Por la *lex Iulia de maritandis ordinibus* —año 17 a.C.—, y por la *lex Papia Poppaea* —año 9 a.C.—, con el fin de fortalecer a la familia romana se dispusieron una serie de incapacidades respecto de aquellos que no se casaban; o que casados, no tenían hijos.

La *testamenti factio passiva* se debía tener no sólo en el momento de la *factio* del testamento, sino también en el momento de la muerte del testador. A estos dos requisitos —época clásica—, Justiniano agregará el de ser capaz en el momento de aceptarse la herencia —doctrina de los tres momentos.⁽¹⁶⁾

Al respecto de la *testamenti factio passiva*, podemos referirnos a la figura más importante dentro de la misma que es la institución de heredero, puesto que el fin esencial del testamento romano lo era el designar a uno o varios herederos para el efecto de ocupar la situación jurídica que tenía el causante. De allí la importancia que poseía la *heredis institutio*, de la cual va a depender la eficacia de todas las otras cláusulas que pueda contener este negocio de última voluntad.

“Por ello es que la cláusula de la institución de heredero debía, en la época clásica, figurar al comienzo. Las otras cláusulas, tales como los legados, los fideicomisos, la dación de tutor, la manumisión de heredero, serán ineficaces si no figura aquella; o nulas, si el heredero no acepta la herencia.

En la época Justiniana este principio se debilitará un poco. Se permitirá que la *heredis institutio* figure en cualquier parte del testamento, y no necesariamente a la cabeza; incluso, dada la vigencia que tenía el codicilo —que no requería la institución de heredero—, la línea de separación entre éste y el testamento se irá desdibujando mucho.

La formulación debe ser imperativa. Así, la forma corriente es: *Titius heres esto* (Que Ticio sea heredero). También se permite, en la época clásica, esta otra forma: *Titium heredem esse iubeo* (Ordeno que Ticio sea heredero).

(16) Op. Cit.

En cambio, una forma no tan directa como (Quiero que Ticio sea heredero) no es válida en la época clásica. Esta rigidez se atenuará en la época de Constantino, quien permitirá (año 320 d.C.) un empleo mas libre de las palabras e, incluso, que puedan ser formuladas en griego.”(17)

Las reglas generales para la institución de heredero, constaban tambien en la legislación romana, pues no se podía instituir heredero sin seguiras ya que como hemos visto anteriormente, podía causar la nulidad de tal disposición e inclusive de todo el testamento, así pues las reglas eran las siguientes:

“A). La institución de heredero —como supone una sucesión universal— no podía ser hecha respecto de una cosa determinada. En efecto, el heredero lo es de toda la herencia o de una parte si concurre con otros, pero instituirlo *ex re certa* (respecto de una cosa determinada) repugnaría al derecho. Sin embargo, como aplicación de un principio de validez del testamento —*favor testamenti*—, se lo tendrá por válido como si la cláusula “por cosa determinada” no se hubiera escrito.

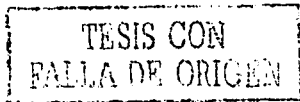
B). La institución de heredero puede subordinarse a un plazo o una condición suspensivos, pero no resolutorios.

C). La institución puede ser respecto de un heredero o respecto de varios. En esta última circunstancia —salvo lo dicho para el caso especial de la institución *ex certa re*—, la división se hace por fracciones o cuotas numéricas.”(17)

Ahora bien, tambien cabía la posibilidad de que hubiera sustitución de herederos, por razones de que el instituido en primer lugar no pudiera llegar a serlo, lo fuera otro u otros, los romanos conocían tres tipos de sustitución:

“A). Substitución vulgar (*substitutio vulgaris*).— Ocurre cuando se instituye un heredero substituto para el caso de que el instituido en primer término haya premuerto en relación al causante o haya repudiado la herencia. (Así por ejemplo: “Que Ticio sea mi heredero. Si no llegara a serlo, que lo sea Mevio.” El propósito evidente es asegurar el cumplimiento del testamento).

(17) Op Cit.



B). Substitución pupilar (*substitutio pupillaris*).— Ocurre cuando el testador instituye heredero a un *fillis* impúber, designando a otro como substituto para el supuesto de que aquel falleciere antes de llegar a la pubertad. (En éste caso estaríamos ante una situación de este tipo: "Que mi hijo Ticio, impúber, sea mi heredero. Pero si llegare a morir antes de ser púber, que lo sea Mevio." Cabe advertir que el testador estaría haciendo no solo su testamento, sino pre haciendo el testamento del heredero. Por ello, durante la época clásica se lo consideró al substituto un heredero del impúber. Esta capacidad nacería para el *pater* del ejercicio de la *patria potestas*).

C). Substitución cuasi pupilar (*ad exemplum pupillaris substitutionis*).— En la época Justinéana se admite que si el *pater* instituye como heredero a un *fillius* demente (*furiosus*), debido a la enfermedad que éste padece se le permite —a semejanza del caso anterior— instituirle un substituto para la eventualidad de que llegase a morir sin haber recobrado la razón. (Si el demente tiene descendientes, el heredero substituto debe ser elegido de entre ellos; de lo contrario debe ser elegido un descendiente del *de cujus*; si no existe, cabe la libre elección.)⁽¹⁸⁾

Por último, podemos hablar de una forma de disposición de los bienes para después de la muerte pero que no contiene institución de heredero, aún cuando en la época clásica el derecho romano prohibía expresamente dichas disposiciones, con posterioridad, las leyes se fueron volviendo más flexibles al respecto y terminaron por aceptar dicha forma de sucesión, así fue como se creó la figura del Codicilo.

"Los codicilos, disposiciones de última voluntad sin institución de heredero, tienen su origen en una carta en que el causante ruega al heredero instituido en el testamento (o a otro favorecido), que cumpla un fideicomiso (disposición no formal que en un principio obligó solo moralmente)."⁽¹⁹⁾

"*Codicilli* (plural) son cartas escritas consignadas en su origen en tabillas de cera."⁽¹⁹⁾

"Los *Codicilli testamento confirmati* previstos en un testamento anterior o confirmados en el posterior, son considerados como parte del testamento. Pueden contener las mismas disposiciones que el testamento, excepto la institución de heredero y la desheredación, (su validez depende del testamento de que son parte y requieren capacidad de testar)."⁽¹⁹⁾

(18) ALFREDO DI PIETRO. Manual de Derecho Romano. Cuarta edición Ed Depalma

(19) MAX KASER. Derecho Romano Privado. Segunda edición. Ed Reus

"Los codicilos no confirmados en testamento o con sucesión intestada, solamente pueden contener fideicomisos. Mediante la llamada cláusula codicilar puede disponerse en un testamento que en el supuesto de que éste no sea válido deba ser considerado como fideicomiso y aplicarse las normas propias de éste. Las instituciones de heredero se transforman en tal caso en fideicomisos de herencia, las disposiciones singulares en simples fideicomisos y las manumisiones directas en fideicomisarias." (20)

"En la época postclásica y en el Derecho vulgar, desde que no es necesario que el testamento contenga institución de heredero, pierden precisión los límites que separan el codicilo del testamento. En oriente, no obstante, se mantiene firme la distinción. Justiniano exige para la validez del codicilo oral o escrito la intervención de cinco testigos. La cláusula codicilar se considera sobreentendida cuando no se consigue de modo expreso." (20)

De manera breve, haremos un estudio de la figura del fideicomiso como la concibió el Derecho romano, como ya se dijo en párrafos anteriores, el fideicomiso es un ruego de manera informal hecho por el causante, encomendando a una persona (normalmente el instituido) que cumpla algo, confiando en su buena fe, como la figura que conocemos actualmente, el primitivo fideicomiso, comprendía a tres personas: el fideicomitente (que es aquel que encarga el fideicomiso), el fiduciario (que es quien se compromete a realizarlo) y por último el fideicomisario (que es el beneficiario en sí).

"Los fideicomisos pueden ser a título universal, en cuyo caso nos encontramos frente al fideicomiso de herencia o a título particular, en cuyo caso se da el supuesto de fideicomiso singular." (21)

"por medio de los fideicomisos particulares, se rogaba al heredero —ya fuese testamentario, *ab intestato* e, inclusive fideicomisario— o al legatario que transmitiera, a título singular, una cosa al tercero beneficiario" (21)

"En cambio, en las herencias fideicomisarias (o fideicomiso a título universal), se podía otorgar, finalmente, la herencia a una persona distinta del heredero —en los casos en que, por ejemplo, el beneficiario carecía de capacidad (*testamenti factio passiva*) para recibirla por testamento." (21)

(20) MAX KASER. Derecho Romano Privado. Segunda edición. Ed. Reus.

(21) ALFREDO DI PIETRO. Manual de Derecho Romano. Cuarta edición. Ed. Depalma.

I.2.- ANTECEDENTES DEL DERECHO SUCESORIO EN MEXICO.

Como es bien sabido, no hay registros sobre el tema de las sucesiones en la época precolombina, ya que solo se registraban los ciclos agrícolas y religiosos; en este orden de ideas, los aztecas no llevaban acabo relaciones contractuales por escrito, por lo que las transacciones que se llevaban acabo eran verbales y se confiaba en la buena fé de los contratantes, así pues es de esperarse que las sucesiones patrimoniales fueran manifestadas de palabra por el "otorgante" y respetadas por los descendientes; con la llegada de los españoles y la consiguiente conquista, se impusieron tanto la forma de vida como las leyes Españolas, las que a su vez tenían influencia romana, y es donde encontramos los primeros antecedentes del derecho sucesorio en nuestro país.

I.2.1.- LA SUCESION EN LA COLONIA.

El maestro Guillermo Floris Margadant, en su libro *Introducción a la Historia del Derecho Mexicano*, al respecto del derecho sucesorio en la época colonial establece que "fuera de complicadas reglas y discusiones sobre la sucesión en encomiendas, mayorazgos y cacicazgos, el derecho indiano sólo añade al fondo general castellano el muy informal "testamento de indios", algunas medidas para proteger la libertad testamentaria contra presiones por parte del clero y reglas minuciosas para garantizar la debida administración de las sucesiones abiertas en las Indias, que debían ser permitidas a herederos domiciliados en la península" (22), por lo que es de considerarse que no habia una legislación adecuada en cuanto a los derechos de los indigenas ya que éstos se seguian rigiendo conforme a las costumbres y principios Aztecas principalmente verbales y de caracter consuetudinario que al mezclarse con la legislación dada por los españoles creó un tipo de régimen sui generis independiente de ambos sistemas legales, y por lo tocante a los españoles y criollos, era de esperarse que conservaran los principios romanos para las sucesiones, posteriormente, estos dos tipos de derecho se fusionaron con el avance del tiempo y la transformación de sus sociedades, al respecto el maestro Floris Margadant escribe: "por la gran importancia que tuvo el derecho privado de las Indias, no solo sus fuentes legislativas, sino tambien toda la literatura dogmática alrededor de ella, tuvo relevancia práctica para el derecho de la Nueva España, y a causa del carácter romanista del derecho castellano, toda la brillante literatura jusromanista de la baja Edad Media (posglosadores) y del renacimiento -literatura española, pero tambien italiana, francesa, holandesa, alemana e.t.c.- fue manejada por los turistas novohispánicos" (22).

(22) GUILLERMO FLORIS MARGADANT S. *Introducción a la Historia del Derecho Mexicano* Ed. Esfinge, segunda edición.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1.2.2.- LA SUCESION EN EL MEXICO INDEPENDIENTE.

Hasta 1870, no existió legislación mexicana en materia de sucesiones. En la colonia y México Independiente se aplicaron las disposiciones contenidas, entre otras, en el Fuero Juzgo, Fuero Viejo de Castilla y Fuero Real, que establecía lo siguiente:

"El libro IV título Quinto Ley Primera del Fuero Juzgo, siguiendo la tradición romana, estableció: "que los hijos ni los nietos deben ser desheredados, que ni los padres ni los abuelos no pueden hacer de sus cosas lo que quisieren, ni los hijos ni los nietos sean desheredados de la buena de los padres y de los abuelos..."⁽²³⁾

"El padre no puede desheredar a sus hijos ni a los nietos por leve culpa, pero si hicieren una gran deshonra al padre o la madre, les pueden desheredar si quisieren. Si el padre, madre, abuelo o abuela quisieren mejorar alguno de sus hijos o de sus nietos de su buena no les pueden dar más de la tercera parte de sus cosas de mejoría. Aquel que quisiere dar a la iglesia o a otro lugar puede dar por la quinta de lo que huviere. Es decir, el testador podía incrementar la porción de un heredero, tomando bienes de la tercera parte de la cual podía disponer, en tanto que, si quería transmitir bienes a la Iglesia o a cualquier otro lugar, sólo disponía de la quinta parte de sus bienes. El Fuero Viejo de castilla libro V título tercero, título segundo expresó: "ningun ome después que fue doliente o loco no puede dar ni mandar cosa de lo suo mas del quinto." Fuero Real de España, Libro III, Título Sexto, Ley Primera: "Todo hombre que hubiere hijos o nietos o mujer de bendición, no puede heredar con ellos a otros algunos que haya de barragana más del quinto de su haber, si no tiene hijos o nietos que hayan de heredar, pueden hacer de lo suyo lo que quisiere." Libro III Título Quinto, Ley X: "Ningun home que hubiere hijos o nietos deyo no puede mandar ni dar, a su muerte mas de la quinata parte de sus bienes."⁽²³⁾

En todos estos textos se establecía la sucesión legítima forzosa a descendientes legítimos y en algunos casos a la esposa, y solo había libertad de disponer respecto de la quinta parte de sus bienes.

En el siglo XIX, destaca el proyecto de Código Civil Mexicano elaborado por el maestro Justo Sierra, en el que establece: "El que no tiene herederos forzosos puede disponer libremente en testamento de todo o parte de

(23) JOSE LUIS SOBERANES "Memoria del III Congreso de Historia del Derecho Mexicano" (1983). Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

sus bienes; llámense herederos forzosos aquellos a quienes la Ley reserva en los bienes del difunto, cierta porción de que no puede privarlos sin justa causa, probada la desheredación, la porción se llama legítima", la legítima de los hijos y descendientes será de las cuatro quintas partes de los bienes y quedando un solo heredero forzoso o descendientes será de dos tercios; la legítima de padres y descendientes será de dos tercios, siendo aquellos dos o más y de la mitad si es uno solo.

En 1868 se presentó ante la Cuarta Legislatura un proyecto de Ley para establecer la libertad de testar. La Comisión de Justicia no aprobó el proyecto sin más fundamento que el de la ignorancia de las consideraciones que habían inducido el ánimo del que proponía la novedad y la convicción personal de que en la Ley de Sucesiones vigente entonces y las costumbres del país estaban conformes con los sentimientos de esta naturaleza.

"En el Código de 1870 se instituyó la sucesión legítima forzosa. Legítima es la porción de bienes destinada por la Ley a los herederos en línea recta ascendientes o descendientes; el testador no puede privar a sus herederos de la legítima, sino en los casos expresamente designados por la Ley;"⁽²⁴⁾ así las cosas, en el Código Civil vigente, nos encontramos con disposiciones similares tendientes a proteger a los herederos legítimos en el caso de que el testador haya otorgado sus bienes a terceras personas teniendo acreedores alimentarios, por lo que la ley establece que dicho testamento será inoficioso. "La legítima consistía en cuatro quintas partes de los bienes, si el testador solo dejaba descendientes legítimos o legitimados; en dos tercios, si solo dejaba hijos naturales; y en la mitad si solo dejaba hijos espurios." ⁽²⁴⁾

En la exposición de motivos, se justifica este sistema aduciendo que naturalmente el hombre no puede querer que el fruto de sus afanes aproveche a un desconocido, sino que sirva para beneficiar a las personas que la naturaleza ha unido por medio de los lazos sagrados, si no se limita la facultad de testar se daría el escandaloso espectáculo de que "los hijos de un individuo giman de miseria mientras un extraño disfruta de la fortuna que había adquirido" y "los hijos no venían con ojos serenos a un extraño que disfrutaba de los bienes de la familia." Se sostiene el derecho hereditario por testamento, pero sólo sobre la quinta parte de los bienes.

"Legítima de los hijos, la cuestión mas debatida fue la relacionada con los hijos legítimos, los naturales y los espurios. Se reconoce el derecho a todos, siendo desde luego, preferidos los legítimos." ⁽²⁴⁾

(24) Op. Cit.



"Si el testador tubiere hijos legitimos o legitimados e hijos naturales, se considerarán como legítima de todos ellos las cuatro quintas partes de los bienes; pero al distribirse éstas entre los mencionados hijos, se deducirá que la porción divisible que corresponda a los naturales un tercio que acrecerá a la divisible entre los legitimos y no al quinto del que el padre pueda disponer."⁽²⁵⁾

"Concurriendo hijos legitimos con espurios, la legítima de los cuatro quintos pertenece exclusivamente a los primeros, y los segundos solo tendrán derecho a alimentos, que se sacarán del quinto libre del autor de la herencia y en ningun caso podrán exceder de la cuota que corresponda a los espurios si fueran naturales; concurriendo los hijos naturales con espurios, consistirá la legítima de todos en dos tercios de los bienes; pero al practicarse la división, se deducirá de la parte que corresponda a los espurios, una mitad, que acrecerá a la porción divisible entre los naturales y no al tercio de libre disposición."⁽²⁵⁾

Segun la exposición de motivos, se deben dividir los bienes entre todos los hijos, después se deduce una parte a la cuota de los naturales para que se aumente a los legitimos,

Los espurios solo tienen parte alicuota concurriendo con naturales o ascendientes y sólo alimentos cuando concurren con legitimos.

"La legítima de los ascendientes. Si el autor de la herencia solo tubiere al tiempo de su muerte ascendientes de otros grados, consistirá la legítima de éstos en la mitad de los bienes; concurriendo ascendiente de cualquier grado con hijos legitimos, las cuartas y quintas partes pertenecerán exclusivamente a los hijos y los ascendientes solo tendrán derecho a alimentos, que se sacarán del cuerpo de la herencia, pero en ningun caso pueden exceder de la porción de uno de los hijos; concurriendo ascendientes del primer grado con hijos naturales, consistirá la legítima de unos y otros en dos tercios de la herencia, que se dividirá por partes iguales entre los descendientes y ascendientes, considerándolos a los últimos como una sola persona.

Concurriendo ascendientes de segundo o ulterior grado con hijos naturales, consistirá la legítima de los hijos en dos tercios de la herencia y los ascendientes sólo tendrán derecho a alimentos que se deducirán del tercio de la libre disposición. Concurriendo ascendientes de primer grado con hijos espurios será legítima de uno y otros dos tercios de la herencia; pero al practicarse la división, se deducirá de la porción divisible entre los hijos, una mitad que acrecerá

(25) Op. Cit.

la porción divisible entre los ascendientes y no al tercio de la libre disposición: concurriendo ascendientes de segundo o ulterior grado con hijos espurios, será legítima de todos la mitad de la herencia, la cual se dividirá por partes iguales entre los ascendientes y los hijos, considerándose ellos como una sola persona.”⁽²⁶⁾

Se considera que los ascendientes cuando concurren con descendientes legítimos solo tienen derecho a alimentos por que la ley debe de otorgar a los descendientes legítimos la mayor protección y porque no es probable que los ascendientes se consideren perjudicados, tratándose de familia con quienes acaso han vivido y se profesan amor. En cambio, con los naturales y con los espurios no se aplican las mismas consideraciones por que la unión no es tan íntima.

El principio de la Comisión fue dar parte de la herencia a todos los individuos que forman parte de la familia, teniendo en consideración no sólo los sentimientos naturales del hombre sino sus deberes sociales, las cualidades de los vínculos domésticos, la edad de las personas, el respeto debido al matrimonio y el interés público.

“Sucesión forzosa del cónyuge superviviente. No existió legítima forzosa para el cónyuge superviviente, los motivos expuestos fueron los siguientes: La mujer debe al marido no solo fortuna, sino el hombre que la honra, el respeto que la ennoblece, la protección que la ampara y el placer inefable de la maternidad, el marido debe a la mujer los goces de la vida doméstica, el encanto de su hogar, el alivio de sus dolencias, el consuelo de sus desgracias y los hijos que honran su nombre y perpetúan su memoria. Los consortes viven juntos, entre ellos, gozan y sufren pensando como una misma alma y sintiendo como un mismo corazón formando, un solo ser.”⁽²⁶⁾

“A estas razones, se opone una consideración verdaderamente aterradora. Muchas veces no reina entre los consortes la armonía debida. No pudiendo negarse que hay mujeres y maridos que no sólo amargan la vida de sus consortes, sino que infaman su nombre y roban a la familia los bienes y la felicidad. Si bien se diría que el remedio es la desheredación, pero se vería deshonoroso descubrir los vicios del culpable como el marido al revelar la infidelidad de su mujer que, además infama a toda la familia, y si éste cónyuge ofendido por la influencia de principios religiosos, ora del poder de las lágrimas derramadas en el lecho del moribundo, puede perdonar la ofensa, contribuyendo no sólo a la infracción de la ley, sino a premiar la inmoralidad.”⁽²⁶⁾

(26) JOSE LUIS SOBERANES "Memoria del III Congreso de Historia del Derecho Mexicano" (1983). Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM

La comisión dejó la decisión a la conciencia del testador si éste no tiene motivo de queja a su consorte o teniéndolo fundando, lo perdona y lo puede instituir heredero de la parte de su libre disposición. El artículo 3497 deja a la libre voluntad del testador nombrar o no heredero a su cónyuge.

No dejan de ser curiosas las apreciaciones de la Comisión, por un lado reconoce y valora la vida en comun de los cónyuges, pero no o suficiente como para justificar la sucesión legítima y por el otro, no prevé la posibilidad de que en un matrimonio casado bajo el régimen de separación de bienes, a la muerte de un cónyuge si no nombró heredero al otro, éste podría quedarse en situación precaria. Sin embargo, existía la llamada porción viudal, para los casos en que sin régimen de gananciales o dote, el cónyuge supérstite, tiene derecho a alimentos si carece de bienes y nada le corresponde en la sucesión, según lo señalado en el artículo 3309 esto siempre y cuando este cónyuge no pase a segundas nupcias o adquiriera bienes.

Respecto a las mejoras a la condición de herederos, éstas sólo las puede establecer el testador sobre la quinta parte de la cual tiene libre disposición, pues estas mejoras sirven, en opinión de la Comisión, para remunerar los servicios de algún hijo o para proteger a los que por su edad u otras circunstancias personales lo ameritaban.

Como la calificación de las causas queda al arbitrio del testador, éste puede equivocarse, por recibir informes falsos o por una predilección mas sentida que fundada. El desnivel que las mejoras produce en la fortuna de los hijos serán vistas como injustas parcialidades y darán frecuentes motivos de disgusto de inmensa trascendencia que haría objeto de odio la memoria del testador y al heredero mejorado. Sin embargo, si de la quinta parte su libre disposición, el testador puede aplicarla a un extraño, no sería justo de privarle el derecho de dejarla algún heredero forzoso. La comisión consideró al testador casi como un incapaz, fácilmente engañable y sin un criterio para heredar justamente a sus hijos.

Los conceptos expresados por la comisión correspondían a los de una sociedad paternalista que consideraba la necesidad de proteger al testador contra su ineptitud que lo perjudica y que perjudica a sus hijos. El código de 1870 permitió la desheredación respecto a la legítima forzosa en los casos que en el mismo código se señalaron, es decir, cuando los descendientes no corresponden al cariño y beneficio de sus ascendientes y realizan conductas que no se deben tolerar. Expresa la comisión: "Castigue en hora buena el padre al hijo perverso y prívelo no solo de los bienes sino de su cariño y amparo, pero guarde el hijo de constituirse en juez de los que le dieron el ser". La comisión ha

declarado expresamente que los descendientes en ningun caso tienen derecho a desheredar a los ascendientes, sólo el artículo 3428 excluye de la sucesión a los ascendientes en los casos que ahí se señalan pero es la ley quien establece la pena y no los hijos.

Relacionados con la sucesión legítima forzosa, estaban la interdicción del pródigo y la revocación de donaciones que afecten a los herederos forzosos.

"Segun la enciclopedia jurídica Omeba, "Pródigo es la persona que disipa sus bienes en forma irracional en detrimento de su patrimonio", desde Roma se vió la necesidad de proteger tanto el patrimonio individual del dilapidador como el de su familia haciendo caer al pródigo en estado de interdicción. El pródigo debe estar sujeto a una curatela para impedir que la hacienda familiar sea distraída de su destino normal." (27)

el proyecto de Código Civil Mexicano del maestro Justo Sierra, declaró que el pródigo estaba sujeto a interdicción y bajo curatela, en el artículo 313, señala que: "la demanda de interdicción por causa de prodigalidad no puede intentarse sino por el cónyuge o heredero forzoso".

El Código de 1870 en el título noveno, "La Tutela", regula en el capítulo tercero, las reglas que deben de observarse en el caso de la prodigalidad, "la prodigalidad consiste en la profusión y desperdicio de la herencia propia, gastando de modo que se consuma mas de lo que importen las rentas o utilidades de los bienes en cosas vanas o inútiles, quedan sujetos a tutela los mayores de edad y los menores emancipados, que por habitual prodigalidad sean incapaces de administrar sus bienes, y fueren casados o tubieren herederos forzosos". Se considera prodigalidad la disipación de bienes en el juego, la embriaguez y la prostitución. La calificación de otras causas de prodigalidad quedan sometidas a la prudencia del juez. Puede pedir la interdicción del pródigo su cónyuge y su heredero forzoso.

No se trata de pródigo de persona que carezca de inteligencia, sino de los que, tal vez abusando de ella, dan rienda suelta a sus pasiones, perjudicándose a si mismos y causando la ruina de una familia, el código señala algunos casos de prodigalidad dejando a la calificación del juez las demas que ocurran. El tutor solo interviene en los bienes, y el pródigo conserva sus demas derechos.

(27) Op. Cit.

No solo el pródigo sujeto a interdicción carecía de la facultad de disponer de sus bienes, ninguna persona podía, en vida, transmitir a título gratuito sus bienes en menoscabo de la legítima de esos mismos herederos, pues estas transmisiones podían ser revocadas.

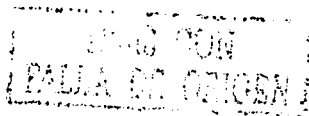
La donación puede ser revocada por inoficiosa, si importa perjuicio de la legítima de los herederos forzosos del donante; y es nula aquella que se hace en fraude de acreedor.

Si el perjuicio de la legítima no iguala al valor total de la donación, se reducirá a ésta en lo que sea necesario para que se integre aquélla. La donación se revoca, según la comisión cuando ocasione menoscabo a la legítima de los herederos forzosos, por que no puede creerse que el hombre quiera beneficiar a un extraño en perjuicio de sus hijos, y la sociedad no debe consentir ese beneficio cuando se interesa el derecho de familia cuyo bienestar hay que procurar. Mas no siempre las donaciones inoficiosas son totalmente revocadas algunas solamente se reducen.

En 1882, nuevas concepciones ideológicas van a contribuir al cambio de los sistemas sucesorios. En junio de 1882, el ejecutivo encargó a una comisión que revisara el Código Civil del Distrito Federal y territorio de Baja California. La comisión presentó en 1883, el primer proyecto de reformas que fué sometido a una discusión presidida personalmente por el Ministro de Justicia, Licenciado don Joaquin Baranda. El proyecto sufrió diversas modificaciones, especialmente en lo relativo a sucesiones. La comisión había conservado el sistema de herencia forzosa. El principio de la libre testamentación fue adoptado en la segunda revisión, por iniciativa del propio Ministro Baranda. "la libertad de testar es el ensanche natural de la libertad individual y el complemento al derecho de propiedad. El individuo que con su trabajo y su industria adquiere una fortuna, debe tener derecho a disponer de ella de la manera que crea mas conveniente, esta libertad lo alienta y estimula a redoblar sus esfuerzos y afanes y la limitación de su libre disposición lo decepciona y desanima." (28)

Es verdad que el hombre tiene obligaciones naturales, la herencia forzosa da a los hijos la seguridad de heredar por lo que no se afanan en adquirir personalmente sus riquezas. Para prevenir situaciones injustas en relación a los hijos, se reconoció en el proyecto, la obligación de los padres de dar alimentos y educación a los hijos durante la menor edad, y aún despues, siempre que no estén en aptitud física o moral de proporcionarse por sí mismos su subsistencia; los intereses del cónyuge también quedaban asegurados.

(28) Op. Cit



Hay que aceptar la libertad de testar como un elemento de identificación y como el medio de establecer lazos naturales de la unión, cariño y respeto y de reivindicación de la autoridad paterna. La propuesta en materia sucesoria establecía lo siguiente:

"Artículo 3392, toda persona tiene derecho de disponer de sus bienes por testamento, a título de herencia o de legado.

Artículo 3393, este derecho no está limitado sino por la obligación de dar alimentos a los ascendientes, descendientes y cónyuges supérstite, conforme a las reglas siguientes:

1. A los descendientes menores de edad.
2. A los descendientes varones que estén impedidos de trabajar, y a las mujeres que no hayan contraído matrimonio y vivan honestamente, unos y otras aún cuando fueren mayores de edad.
3. a los ascendientes.
4. Al cónyuge supérstite, siempre que siendo varón esté impedido de trabajar, o si es mujer permanezca viuda y viva honestamente." (29)

Al aceptar la comisión, la libertad de testar, también acepta la libre disposición de los bienes en vida y por tanto se suprime la interdicción por causa de prodigalidad y la revocación de donaciones que perjudiquen a los herederos forzosos.

En cuanto a la prodigalidad la comisión opinó lo siguiente: "Es un término que no puede definirse con entera precisión y por lo mismo no es fácil calificarla con exactitud, lo que para unos puede ser exceso de lujo y despilfarro, para otros es una necesidad, dependiendo de los hábitos, educación, medio en el que se vive y otras circunstancias que no pueden ser apreciadas en el terreno judicial, esta dificultad ha dado como resultado que rara vez se haya pronunciado un auto de interdicción por prodigalidad y si ha servido en otros países, para que se prive de la administración de bienes a varias personas, bajo el pretexto de que hacía gastos excesivos." (29)

(29) Op. Cit.

Es preciso que se respete la facultad de los individuos para disponer de sus bienes para después de su muerte, y esta facultad no debe sufrir más limitaciones que las impuestas a los padres con relación a sus descendientes de educarlos, de ministrarles los alimentos mientras no pueden bastarse por sí mismos. Los hijos por su parte, están obligados a alimentar a los padres cuando lo necesiten, y la misma obligación existe entre los cónyuges.

Cumpliendo con estas obligaciones, las personas son libres de todo lo demás, para disponer de su propiedad y no hay razón que funde suficientemente la obligación impuesta a los padres para dejár todos sus bienes a sus descendientes. Para el caso de que los padres, hijos o consortes no dejaran lo bastante para cumplir con su obligación alimentaria, se propuso que las cantidades que se fijen como alimentos para acreedores de los mismos se tomen de la masa hereditaria y no sean en ningún caso menores de los que produciría la mitad de la herencia que les debería corresponder por intestado y para evitar abusos judiciales la cantidad que se fije no podrá exceder del total de lo que correspondería al heredero por intestado.

El dictamen final de la Comisión de Justicia de la Cámara de Senadores, reconoce que la libre testamentificación es de alto interés social y de consecuencias trascendentes para la familia.

La libertad de testar estaría limitada por la obligación de dejar alimentos a los descendientes, cónyuge supérstite y a los ascendientes, esta obligación evitaría los abusos del nuevo derecho.

En éstos términos se presentó la iniciativa a la Cámara de Senadores, en donde fué aprobada y desde 1884 queda legalmente establecido en México el sistema de la libre testamentificación.

Esta nueva concepción jurídica en materia sucesoria responde al espíritu liberal de la época.

Como se observa a la implantación del sistema de la libre testamentificación o de la legítima forzosa siempre ha estado ligada a los conceptos de propiedad, a los de moral y de religión.

La legítima aparece en Derecho Romano como una manifestación de la solidaridad familiar, la propiedad no pertenecía al individuo sino a la familia, pues el hombre no la había adquirido por su trabajo, sino por el culto doméstico, la transmisión no ocurre según la voluntad o elección del hombre, sino en virtud de reglas superiores que la religión había establecido.

Se han expuesto las razones por las que se estableció la legítima forzosa en el código de 1870, siguiendo la tradición jurídica española, dentro de un concepto paternalista del Estado que no reconocía la capacidad intelectual y afectiva de las personas para transmitir sus bienes. A través de la legítima forzosa, de la acción de revocación de las donaciones que perjudican a los herederos forzosos y de la interdicción de los prodigos, se protegen los intereses de la familia.

Los conceptos liberales del siglo XIX consideraron que el Estado debería confiar en las decisiones de particulares, pero reconociendo el deber de los padres de asegurar la subsistencia de las personas que dependían de él en vida, pero que su obligación natural termina ahí.

Desaparecen pues, en el Código de 1884 la interdicción por prodigalidad; la revocación de donaciones por los herederos forzosos y se substituye la sucesión legítima forzosa por la libre testamentación limitada por la obligación testamentaria.

El Código de 1928 continúa con el sistema de libre testamentación, pero siendo el Derecho una creación viva en constante evolución es de esperarse que los nuevos conceptos económicos, morales y sociales del proceso histórico, vayan transformando los sistemas sucesorios.

CAPITULO II. "LA SUCESION EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE".

Despues del estudio de los antecedentes del derecho sucesorio en México y de la evolución del mismo en nuestro país, es necesario establecer con mas claridad la posición de la sucesión en el contexto del México actual, en este contexto, podemos establecer en primer lugar las generalidades del derecho sucesorio como son entre otros la definición, su lugar en el derecho privado y algunas posturas relevantes, así como criticas al enfoque legislativo por parte de algunos estudiosos de la materia, empezamos pues por la definición de sucesión, como ya se mencionó en la parte inicial de la introducción, el mismo Código Civil en su artículo 1281 nos dá una definición breve de lo que es la herencia, al respecto el Maestro Gutiérrez y González en su libro Derecho Sucesorio, manifiesta lo siguiente:

"El Código civil del Distrito Federal, da un concepto en verdad inaceptable de lo que es la herencia, en su artículo 1281, cuando dispone: "Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte", y la verdad es que éste concepto está muy mal redactado pues salta a la vista que un "difunto" no puede tener bienes como ahí se dice. El difunto es el "muertito", el "*de cuius*", o el "causante" de los herederos o legatarios, y ese que era persona mientras vivió, ya no puede tener bien alguno al fallecer, pues en ese momento se convirtió en "cosa", y las cosas en Derecho mexicano, no pueden ser titulares de dercho alguno. EN EL MOMENTO MISMO EN QUE UNA PERSONA FISICA MUERE, DEJA DE SER TITULAR DE BIENES PATRIMONIALES, PECUNIARIOS O MORALES, YA QUE LOS PECUNIARIOS POR UNA FICCION DE LA LEY, EN EL ULTIMO INSTANTE DE LA VIDA DE ESA PERSONA, SE TRANSMITEN A SUS HEREDEROS O LEGATARIOS, Y LOS MORALES SE EXTINGUEN por lo cual resulta equivocado afirmar que la herencia (es la sucesión de todos los bienes del difunto)."⁽³⁰⁾ En seguida, el Maestro nos dá su concepto de herencia o sucesión *mortis causa*:

"Atendiendo al aspecto legal sustantivo de la sucesión *mortis causa*, que es el menor, y al aspecto legal adjetivo o procesal de la misma sucesión, que es la mayor, puedo dar el siguiente concepto: HERENCIA O SUCESION *MORTIS CAUSA* ES EL REGIMEN JURIDICO SUSTANTIVO Y PROCESAL, POR MEDIO DEL CUAL SE REGULA LA TRANSMISION DE LOS BIENES, DERECHOS Y OBLIGACIONES PATRIMONIAL PECUNIARIOS DE UNA PERSONA FISICA LLAMADA CAUSANTE A OTRA U OTRAS FISICAS O MORALES LLAMADAS CAUSAHABIENTES, ASI COMO LA DECLARACION O EL CUMPLIMIENTO DE DEBERES MANIFESTADOS, PARA DESPUES DE LA MUERTE DEL CAUSANTE. AI "AUTOR DE LA HERENCIA."⁽³⁰⁾

(30) ERNESTO GUTIERREZ Y GONZALEZ Derecho Sucesorio Inter Vivos y Mortis Causa. Ed. Porrúa.

Por otra parte, el Maestro Antonio De Ibarrola utiliza un lenguaje mas sencillo para explicar su concepto de sucesión y designa a la sucesión como una "RELACION de momentos que sigue a la otra"⁽³¹⁾, y mas adelante establece la noción jurídica de la sucesión subrayando una de las características que considera mas importantes: "el fenómeno que salta a nuestra vista es el de que un PATRIMONIO perdura através del cambio de su TITULAR... la sucesión es una transformación puramente subjetiva de una relación de derecho... Planiol define la sucesión como la transmisión del patrimonio entero de un difunto a una o varias personas vivas."⁽³¹⁾

Como podemos observar, hay diferencias de opinión en cuanto al concepto de sucesión o herencia, por otra parte, y respetando las pequeñas diferencias entre autores, podemos establecer las siguientes características de la herencia:

1.- Sólo rige respecto de los bienes o cosas de aquélla que fue persona física. No rige respecto de aquella que haya sido persona moral.

2.- Sólo produce factos "*mortis causa*"

3.- Constituye un juicio "universal"

4.- Es esencialmente gratuita. Se recibe siempre a "beneficio de inventario"

5.- No constituye una persona moral

el maestro Gutiérrez y González, nos dá una explicación de las características expuestas líneas arriba y con relación a la primera de ellas menciona que "todas las disposiciones que establece el Código en los artículos 1281 al 1791, se refieren de manera exclusiva a la transmisión de los bienes o cosas que fueron de persona física"⁽³²⁾, y es que la extinción de una persona moral está regulada por un apartado especial del Código Civil en caso de que ésta haya sido S.C. o en su caso de la Ley General de Sociedades Mercantiles, y al haber leyes y apartados especiales, consideramos inecesario entrar al estudio de cada uno.

(31) ANTONIO DE IBARROLA. Cosas y Sucesiones. Ed. Porrúa.

(32) ERNESTO GUTIERREZ Y GONZÁLEZ. Derecho Sucesorio Inter Vivos y Mortis Causa. Ed. Porrúa.

Por lo que concierne a que la herencia solo produce efectos "*mortis causa*" menciona que: "La sucesión en todos los bienes pecuniarios que fueron del ahora difunto, y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen con su muerte, solo puede tener lugar, aunque parezca perogrullada, precisamente cuando la muerte de ese sujeto se consuma. Antes de que fallezca el titular de los bienes, *no puede haber sucesión mortis causa*, y por lo mismo, los que a su muerte llegaran a adquirir la titularidad de tales bienes, antes de esa muerte no tienen derecho alguno sobre lo que habrá de ser la masa hereditaria."⁽³³⁾

En cuanto a la tercer característica, el maestro establece que "Juicio Universal significa que el procedimiento sucesorio se hace extensivo a todos, pero absolutamente todos, los bienes y derechos que no se extinguen con la muerte, y que fueron de la persona que fallece, se dice que es juicio universal por que se refiere a la universalidad que constituye el patrimonio que deja el autor de la herencia."⁽³³⁾

Se dice que la herencia es esencialmente gratuita y se recibe siempre a beneficio de inventario por que "los sucesores de los bienes que fueron del ahora muerito, adquieren la propiedad o los demas derechos reales, personales o del tipo que sean siempre a título gratuito, sin que ellos tengan que hacer erogación alguna de su patrimonio particular"⁽³³⁾ y aún cuando la herencia venga con cargas o modos, no implica que el heredero tenga que responder de éstas hasta con su patrimonio particular, sino que recibe la herencia a beneficio de inventario que es el privilegio que la ley le otorga al sucesor a título gratuito, de no responder con su propio patrimonio, de las deudas pecuniarias de su causante, y sí, solo responder de esas deudas, hasta el valor o importe del o de los bienes que se le transmiten de manera gratuita.

La herencia no es una persona moral, sino una ficción jurídica creada por comodidad, ya que el darle el "título" de persona moral, contravendría las disposiciones relativas a la materia, aún cuando en la práctica se le dá ese carácter, así las cosas, el maestro Gutiérrez y González nos explica sus razones por las que el considera lo dicho con anterioridad:

"A).— Carece de sentido crear una persona moral, que es una ficción, para que se haga cargo de los bienes que deja al morir una persona, y se sepa de antemano que esa nueva persona moral VA A MORIR INDEFECTIBLEMENTE al tiempo en que tarde en llegarse a la adjudicación de los bienes a los herederos."⁽³³⁾

(33) ERNESTO GUTIERREZ Y GONZALEZ. El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad. Ed. Porrúa.

Y sigue explicando el maestro: "B).— Es absurdo crear una persona que va a tener una vida tan efímera y un objeto tan raquítico, pues ello va en contra de la filosofía misma de la idea de la persona moral.

C).— Y por otra parte, resulta mucho más fácil y práctico, sustituir una ficción y emplear otra más cómoda aún, que la de la persona moral y no atentar así contra la filosofía de ésta. Esa ficción a la que se puede recurrir con mayor comodidad es ésta: DETERMINAR EN LA LEY QUE, EN EL ÚLTIMO INSTANTE DE LA VIDA DEL AUTOR DE LA HERENCIA, ES SUSTITUIDO POR SU O SUS HEREDEROS O LEGATARIOS, LOS CUALES ADQUIEREN TODOS SUS BIENES Y DERECHOS QUE NO SE EXTINGUEN POR SU MUERTE. Esto es una ficción ya que de manera indudable se le está atribuyendo a algo, una naturaleza jurídica diferente de la que en rigor le corresponde, para obtener así ciertas consecuencias de derecho que de otra forma no podrían obtenerse, es por lo anterior que POR MANDATO DE LEY EN EL ÚLTIMO MOMENTO DE LA VIDA DEL AUTOR DE LA HERENCIA, SE ESTAN TRANSMITIENDO SUS BIENES A SUS HEREDEROS, Y EL HECHO DE QUE ESTOS NO SEAN CONOCIDOS EN ESE INSTANTE, EN ESPECIAL CUANDO SE ESTA EN EL EVENTO DE QUE NO HUBO TESTAMENTO, NO QUIERE DECIR QUE LA PROPIA LEY ESTE IMPEDIDA PARA DETERMINAR EFECTOS RETROACTIVOS HASTA ESE INSTANTE DE LA MUERTE DEL AUTOR DE LA HERENCIA, AL MOMENTO EN QUE LOS HEREDEROS SON CONOCIDOS, Y SEA QUE SE APROBUE EL TESTAMENTO O QUE EL JUEZ, DECLARE HEREDEROS LEGÍTIMOS.

D).— Por último y por otra parte, para salvar el problema de que mientras se nombran los herederos de los bienes que fueron del ya para entonces *de cujus*, no queden esos bienes al garete, sin titular, la ley autoriza que de inmediato, si hay testamento, el albacea tome posesión de ellos, y si no hay testamento o habiéndolo no hay en el albacea designado, se puede proceder desde luego a la designación de uno, judicial, en los términos que fija el Código de Procedimientos Civiles, y de esa manera los acreedores, los interesados y la sociedad en general, siempre tendrán ante quién tratar los problemas relacionados con los bienes, y no habrá herencia yacente." (34)

II.1.- LOS DIVERSOS TIPOS DE SUCESION.

Habiendo establecido las características de la herencia y las críticas al respecto por parte de algunos juristas, y antes de entrar al estudio de los tipos de sucesión, consideramos necesario hacer un breve análisis de algunas disposiciones comunes a las sucesiones tanto legítima como testamentaria, así las

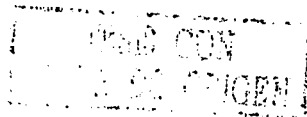
(34) Op. Cit

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

cosas, los artículos 1282 al 1294, establecen algunas disposiciones preliminares sobre la herencia, comenzando con que la sucesión puede ser de dos tipos, por voluntad del otorgante "testamentaria" o por voluntad de la ley "legítima", esto quiere decir que hay sucesión testamentaria cuando el *de cujus* ha dejado disposición sobre sus bienes y derechos para después de su muerte, esto es ha dejado testamento en cualquiera de sus formas que más adelante estudiaremos, y legítima o también llamada *ab intestato* que es cuando el *de cujus* no ha dejado disposición alguna al respecto, a diferencia de la sucesión romana, en nuestra legislación existe la posibilidad de que una persona al morir quede "intestada" en parte, esto es que no haya dispuesto de todos sus bienes por testamento, y en este caso, dicha parte se registrará por las disposiciones de la sucesión legítima.

Además, encontramos la diferencia entre heredero y legatario, estableciendo la ley que el heredero es aquel que "adquiere a título universal y responde de las cargas de la herencia hasta donde alcance la cuantía de los bienes que hereda" (beneficio de inventario), a diferencia del legatario que "adquiere a título particular y no tiene más cargas que las que expresamente le imponga el testador", por lo que para proteger a los acreedores, la ley dispone también que cuando la herencia se haya distribuido en puros legados, estos se tendrán como herederos.

Punto aparte, está el estudio de la premonición y la conmonición, la cual tiene sus bases en el artículo 1287, que establece lo siguiente: "Si el autor de la herencia y sus herederos o legatarios perecieran en el mismo desastre o en el mismo día, sin que se pueda averiguar a ciencia cierta quienes murieron antes, se tendrán todos por muertos al mismo tiempo, y no habrá lugar entre ellos a la transmisión de la herencia o legado", al respecto, el Maestro Servín menciona lo siguiente: "doctrinariamente se plantea la posibilidad del fallecimiento de personas que por su relación de parentesco podrían sucederse mutuamente y fallezcan en un mismo acto o accidente sin determinarse clínicamente quien falleció primero, si no se llega a establecer, se presumirá que ambas personas fallecieron simultáneamente y entonces estaríamos frente a la "conmonición", en el caso distinto estaríamos frente a la "premonición" y entonces se abrirá la sucesión de quien primero haya fallecido y desde luego establecer si hay sucesión por cabezas o estirpe. En caso de la conmonición deberá denunciarse la sucesión de ambos en un mismo juicio debiendo concurrir por cada línea de parentesco si los hay, los que se crean con derecho a la sucesión, correspondiéndole al juez de los autos o del conocimiento la depuración de los parientes".



el artículo 1638, y posteriores establecen las precauciones que deben ser tomadas cuando la cónyuge superstita ha quedado en cinta, por lo que en ese orden de ideas, el mencionado artículo preceptua lo siguiente: "Cuando a la muerte del marido la viuda crea haber quedado en cinta, lo pondrá en conocimiento del juez que conozca de la sucesión, dentro del término de cuarenta días, para que lo notifique a los que tengan a la herencia un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo."

Al respecto, podemos establecer que si bien es cierto que la ley debe proteger a los no nacidos pero concebidos, puesto que éstos también son objeto de derechos y "La Ley se preocupa por las personas que aún no han nacido; pero que tienen una vida intrauterina. El legislador debe proteger en especial a los niños que van a nacer"⁽³⁵⁾ pero, también lo es que hay que evitar que por el estado de incertidumbre en que se incurre en tales casos, hay que proteger los derechos de las personas que se vean afectadas en los mismos por el nacimiento del póstumo, es decir, aquellos que ven reducida su parte de la herencia (hermanos del póstumo) o aquellos que pierden su derecho hereditario por el mismo evento (hermanos del *de cujus*). "Ya se trate de sucesión legítima o de sucesión testamentaria, puede darse el caso de que al momento de fallecer el cónyuge, su esposa estuviere en cinta, esto es, preñada o embarazada; en este caso, la ley establece una serie de disposiciones tendientes a proteger a los que puedan tener, respecto de la herencia, un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer o disminuir por el nacimiento del hijo o hija póstuma."⁽³⁶⁾

En este orden de ideas, el aviso que debe dar la viuda de su embarazo, es un "toque de atención" según el maestro Antonio de Ibarrola que dá comienzo a ese estado de incertidumbre, por lo que los demás interesados, tienen derecho de solicitar al juez que tome las medidas necesarias para evitar la suplantación del póstumo, así como para evitar la suposición del parto o que se haga pasar por viable cuando no ha sido así, debemos recordar que con relación a la legitimación de los hijos se tendrá como tales a los nacidos dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, así como también los nacidos en el inter de 300 días de decretada la separación de cuerpos en divorcio, en el caso que nos ocupa, si la viuda no dió el aviso dentro de los 40 días siguientes al alumbramiento del póstumo, deberá darse el nacimiento asistido el médico por dos peritos en la materia y establecer que el producto nació vivo y viable, lo cual se establece cuando el producto ha sobrevivido 48 horas fuera del seno materno, solo entonces se considerará viable y con derecho a heredar, aún cuando haya muerto con posterioridad.

(35) ERNESTO GUTIERREZ Y GONZALEZ. Derecho Sucesorio Inter Vivos y Mortis Causa. Ed. Porrúa.

(36) ANTONIO DE IBARROLA. Costas y Sucesiones. Ed. Porrúa.

Ahora bien, en éste punto, es dable preguntarnos ¿quienes son los sujetos que intervienen en el juicio sucesorio?, al respecto podemos mencionar como tales a los siguientes: Herederos y Legatarios, el Albacea que según el maéstro Rojina Villegas, "son las personas designadas por el testador o por los herederos para cumplir las disposiciones testamentarias o para representar a la sucesión y ejercitar todas las acciones correspondientes al *de cuius*, así como para cumplir sus obligaciones, procediendo a la administración, liquidación y división y, en su caso los ejecutores de las disposiciones testamentarias"⁽³⁷⁾, Interventores que son aquellas personas que en caso urgente o mientras se abre la sucesión pueden hacer las veces de administrador, por lo que tienen la posibilidad de poseer los bienes en forma interina, La Secretaria de Salud ya que en última instancia el estado se adjudica los bienes en caso de no haber otro heredero y lo hace por medio de dicha secretaria, El Ministerio Público por ser el Derecho Sucesorio de orden público y como ya se dijo por ser un juicio de tipo universal, El Juez y por último los Tutores y Curadores.

Por último, debemos hacer un estudio del juicio sucesorio en general y sus diversas secciones, el artículo 748 del Código de Procedimientos Civiles, establece que "En todo juicio sucesorio se formarán cuatro secciones compuestas de los cuadernos necesarios. Deben iniciarse las secciones simultaneamente cuando no hubiere impedimento de hecho."

La primera sección, como el propio código establece se llamará de "sucesión" y deberá contener dependiendo el caso:

I. El testamento o testimonio de protocolización o la denuncia del intestado;

II. Las citaciones a los herederos y la convocación a los que se crean con derecho a la herencia;

III. Lo relativo al nombramiento y remoción de albacea e interventores, y al reconocimiento de derechos hereditarios;

IV. Los incidentes que se promuevan sobre el nombramiento o remoción de tutores; y

(37) RAFAEL ROJINA VILLEGAS Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Ed. Porrúa.

V. Las resoluciones que se pronuncien sobre la validez del testamento, la capacidad legal para heredar y preferencia de derechos.

Esta primera sección, se integra con las partidas del acta de defunción y actas de nacimiento en el caso de la intestamentaria, acompañándose el testamento y acta de defunción si es testamentaria en términos del artículo 790 del Código de Procedimientos Civiles. Cualquier sucesión de que se trate, el juez a su radicación ordenará pedir informes al Archivo General de Notarias sobre la existencia o nó de testamento público abierto u ológrafo, dándose por terminada esta sección con la aprobación del testamento, las audiencias a las que se refieren los artículos 801 al 805 del Código de Procedimientos Civiles si es intestamentaria, nombramiento de herederos o actos de repudiación y aceptación, protesta y discernimiento del cargo de albacea.

La sección segunda se llamará de "inventarios" y deberá contener:

- I. El inventario provisional del interventor;
- II. El inventario y avalúo que forme el albacea;
- III. Los incidentes que se promuevan; y
- IV. La resolución sobre el inventario y el avalúo.

Esta sección se integrará con los testimonios de propiedad (tratándose de inmuebles), o facturas de bienes (cuando se trate de muebles), promoviendo dentro de los quince días siguientes a la aceptación del cargo de albacea, los avalúos por personas autorizadas o institución (bancos) dándose vista a los interesados para su aprobación. El albacea debe presentar el inventario y avalúo dentro de un plazo de 60 días de haber aceptado el cargo, los herederos podrán designar peritos valuadores, el inventario y los avaluos se pondrán a la vista de los herederos por el término de 5 días para que manifiesten lo que a su derecho convenga y de no existir oposición alguna será aprobado por el juez sin más trámite.

El inventario puede ser de dos tipos según el maestro Rojina Villegas son los siguientes:

"INVENTARIO SIMPLE.— se hace por el albacea con citación de todos los interesados, es decir, herederos, legatarios, acreedores, el Ministerio Público, representantes de la hacienda pública. Procede el inventario simple cuando no hay menores en la herencia y tampoco sea heredera la beneficencia pública."

"En cambio, procederá el INVENTARIO SOLEMNE cuando haya menores en la herencia o tenga interés la beneficencia pública como heredera o legatária. El inventario solemne se hace concurriendo el actuario con el albacea o éste con un Notario Público designado por los herederos."

La tercera sección se llamará de administración y contendrá:

I. Todo lo relativo a la administración;

II. Las cuentas, su glosa y calificación;

III. La comprobación de haberse cubierto el impuesto fiscal.

Y por último la cuarta sección que se llamará de partición y contendrá:

I. El proyecto de distribución provisional de los productos de los bienes hereditarios;

II. El proyecto de partición de los bienes;

III. Los incidentes que se promueban respecto a los proyectos a que se refieren las fracciones anteriores;

IV. Los arreglos relativos;

V. Las resoluciones sobre los proyectos mencionados; y

VI. Lo relativo a la aplicación de los bienes.

Cualquier controversia que surgiera en cualquiera de las secciones mencionadas, se substanciará en forma incidental. Jurídicamente todo el juicio terminará con esta sección insertándose el auto que la declara válida y aprobada, ordenándose la remisión de los autos originales al notario que se convenga.

II.1.1.- DE LA SUCESION LEGITIMA.

La sucesión legítima o *ab-intestato* es aquella que se abre por disposición de la ley y se abre según el Código Civil:

- I. Cuando no hay testamento, o el que se otorgó es nulo o perdió validez;
- II. Cuando el testador no dispuso de todos sus bienes;
- III. Cuando no se cumple la condición impuesta al heredero;
- IV. Cuando el heredero muere antes del testador, repudia la herencia o es incapaz de heredar, si no se ha nombrado sustituto.

Por su parte, el maestro Rojina Villegas enumera los siguientes casos en que se abre la sucesión legítima:

1. Cuando no se otorgó testamento, que es la hipótesis normal.
2. Cuando habiéndose otorgado el testamento éste ha desaparecido.
3. Cuando el testamento es jurídicamente inexistente.
4. Cuando el testamento es nulo; la nulidad puede ser total, referirse al acto jurídico en todos sus aspectos, o simplemente parcial, refiriéndose

a determinada institución de heredero o de legatario. Cuando el testamento es nulo, si la nulidad es parcial, se abre la sucesión legítima por lo que toca a las disposiciones nulas y subsiste la testamentaria por lo que se refiere a las cláusulas válidas.

5. Cuando el testador revoca su testamento.

6. Cuando en el testamento sólo se disponga de parte de los bienes.

7. Cuando el heredero testamentario repudia la herencia.

8. Cuando el heredero testamentario muera antes que el testador.

9. Cuando el heredero muere antes de que se cumpla la condición suspensiva, a pesar de que su muerte sea posterior a la del testador, o no se cumpla la condición.

10. En los casos de incapacidad de goce del heredero testamentario." (38)

Por otra parte, podemos clasificar los casos anteriores en cuatro grandes grupos, como el Maestro Rojina Villegas manifiesta: "Los casos anteriores deben clasificarse a fin de comprender en determinados conceptos generales, diversas hipótesis, como son las enumeradas. Fundamentalmente podemos considerar que la sucesión legítima se abre:

I.- Cuando no hay disposición testamentaria, comprendiendo tres casos: 1) Cuando no se otorgó testamento; 2) Cuando se revocó el testamento, y 3) Cuando existiendo un testamento, éste ha desaparecido.

II.- En los casos de ineficacia del testamento. Es decir, que no producirá efecto. La ineficacia del testamento tiene lugar: 1) Cuando es inexistente; 2) Cuando está afectado de nulidad absoluta, y 3) Cuando está afectado de nulidad relativa.

(38) RAFAEL ROJINA VILLEGAS Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Ed. Porrúa

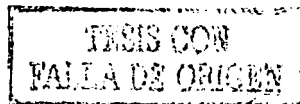
III.- Cuando el testador dispone sólo de parte de los bienes. Este tercer grupo supone: 1) Que se dispuso de parte de los bienes, por lo que la otra deberá ser materia de sucesión legítima; 2) Que solo se hizo una institución de legatarios respecto de parte del activo, y nada se dijo del resto, ni del pasivo; en cuyo caso se abrirá la sucesión legítima por la parte no dispuesta; 3) Que solo hubo una institución parcial de heredero; es decir, se instituyó heredero por parte alicuota. Es un caso distinto del primero, por que en aquél, el testador dispone de bienes determinados.

IV.- En los casos de caducidad de la herencia. La caducidad de la herencia supone a su vez las siguientes hipótesis: 1) Que el heredero testamentario repudió la herencia; caduca su parte alicuota que será materia de sucesión legítima; 2) Que el heredero murió antes que el *de cujus*; 3) Que el heredero murió antes de que se cumpliera la condición suspensiva. A pesar de que haya muerto después del testador, se abre la sucesión legítima; 4) Incumplimiento de la condición suspensiva de que dependa la institución hereditaria; 5) Incapacidad del heredero por los casos siguientes: falta de personalidad, delito, actos inmorales, falta de reciprocidad internacional, motivos de orden público, presunción de influencia contraria a la voluntad del testador o a la integridad del testamento, renuncia y remoción de un cargo conferido en testamento." (39)

Ahora bien, después de establecer en que casos se debe abrir la sucesión legítima, debemos preguntarnos ¿que personas tienen derecho a suceder al *de cujus*, a éste respecto, el Maestro Gutierrez y Gonzalez, establece lo siguiente: "En tal evento, el legislador "pensó" o "imaginó", cual podría ser la voluntad de una persona que fallece sin haber hecho testamento, y a quienes hubiera deseado que se le dejaran sus bienes y derechos pecuniarios que no se extinguen con su muerte. Es así entonces, que el legislador establece una relación de sucesión mortis causa, atendiendo básicamente a los sentimientos que se sabe son comunes o normales, creados por el parentesco y por el matrimonio o el concubinato.

Por ello, determinó el legislador del Código civil de 1928, que cuando una persona fallece sin haber hecho su testamento, seguramente hubiera deseado que le sucedieran en sus bienes y derechos pecuniarios que no se extingan a su muerte, sus descendientes, por ser sus parientes consanguíneos más próximos; junto con ellos, en su caso, hubiera deseado que lo sucediera su

(39) Op. Cit.



cónyuge supérstite; a falta de éstos, seguramente hubiera deseado que lo sucedieran sus ascendientes, y después sus colaterales más próximos, y pensó el legislador también que, si había concubina o concubino, hubiera deseado que también le sucediera."⁽⁴⁰⁾

Así las cosas, la actual redacción del Código Civil en su artículo 1602 preceptúa que: "tienen derecho a heredar por sucesión legítima:

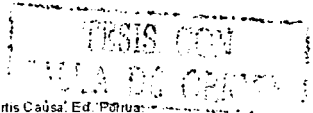
I. Los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario, si se satisfacen en éste caso los requisitos señalados en el artículo 1635;

II. A falta de los anteriores la beneficencia pública."

En virtud de lo anterior, es necesario hacer un análisis de las sucesiones de los parientes:

Sucesión de los descendientes; esta sucesión se encuentra prevista en los artículos 1607 al 1614 y establece que si a la muerte de los padres solo quedaran hijos, la herencia se dividirá entre todos por partes iguales (sucesión por cabezas). En caso de concurrir descendientes con el cónyuge supérstite o sobreviviente, a éste le corresponderá la porción de un hijo si es que carece de bienes y en caso contrario, solo recibirá la porción que baste para igualar a la de un hijo, por lo tanto, corresponde al juez reconocerle esa parte proporcional de un heredero siempre y cuando no tenga bienes o los que tiene no igualan la parte proporcional de uno de ellos.

Si concurren hijos del causante con descendientes de ulterior grado (nietos por ejemplo), los primeros heredarán por cabezas y los segundos heredarán por estirpes, esto es que si el *de cuius* tenía cuatro hijos pero al momento de abrir la sucesión intestamentaria uno de los hijos ha muerto y dejado dos hijos a su vez, estos concurrirán con los hijos del causante y recibirán la porción que hubiera correspondido a su padre, la cual se dividirá en dos partes iguales a efecto de ser adjudicada entre ellos.



(40) ERNESTO GUTIERREZ Y GONZALEZ. Derecho Sucesorio Inter Vivos y Mortis Causa. Ed. Porrúa.

En caso de que solo concurrieran descendientes de ulterior grado, la herencia se dividirá por estirpes, esto es que en caso de que hubiera solo nietos del *de cujus*, estos concurrirán por la porción que le hubiera correspondido al padre de cada uno, así las cosas si concurren a la sucesión del abuelo cinco nietos, de los cuales tres son hijos de una persona y los otros dos de la otra, la herencia se dividirá en dos partes iguales y en seguida, se dividirá cada parte entre los concurrentes, por lo que los dos hermanos heredarán cada uno una porción mayor que sus primos, los cuales deben dividir su porción en tres.

Existe además la posibilidad de que concurren hijos con ascendientes, y en tal caso, los ascendientes solo podrán recibir alimentos y en ningún caso, estos pueden exceder la porción que le correspondería a un hijo.

Y por último, que pasa con los parientes por adopción, en éste caso, hasta hace poco se consideraba que la adopción solo surtía efectos entre el adoptante y el adoptado, lo cual ha cambiado y ahora con la figura de la adopción plena, no solo el adoptado hereda como un hijo, sino que adquiere el parentesco con la demás familia del adoptante, por lo que en el sentido de la sucesión, el adoptado adquiere el derecho de sucesión entre el y los parientes de su adoptante. Arts. 1607 al 1614.

Sucesión de los ascendientes, en ésta sucesión la ley establece que a falta de descendientes y de cónyuge sucederán el padre y la madre por partes iguales, ahora bien, si solo hubiere padre o madre, el que viva sucederá al hijo en toda la herencia, y en el caso de haber ascendientes de ulterior grado (abuelos) por ambas líneas o sea paterna y materna, la herencia se dividirá en dos partes iguales, que corresponderán a cada línea, con lo que le correspondería a cada ascendiente una cuarta parte de la herencia. Arts. 1615 al 1623.

Sucesión del cónyuge, el artículo 1624 de nuestro Código Civil, establece la sucesión del cónyuge previniendo la posibilidad de cuando exista el súpérstite o sobreviviente, analizándose las siguientes posibilidades: si el cónyuge súpérstite concurre con descendientes del *de cujus*, sucederá como un hijo si careciere de bienes o los que posea al momento de la muerte del causante no igualan la porción que correspondería a un hijo, en éstos casos, si el súpérstite careciera de bienes recibirá íntegra la porción que a un hijo correspondería, y en caso de poseer bienes pero que éstos no bastaren para igualar la porción de un hijo, entonces recibirá lo bastante para igualar dicha porción.

En caso de que el cónyuge supérstite concurriera con ascendientes del *de cujus*, la herencia se dividirá en dos partes iguales y se aplicará una parte al supérstite y la otra a los ascendientes, y en el caso de que concurriera con hermanos del causante, dos terceras partes se aplicarán al cónyuge y la parte restante, se aplicará al hermano o hermanos del *de cujus*. En los casos anteriores, en que el cónyuge supérstite concurre con hermanos o ascendientes del causante, se respetarán las porciones del supérstite aún cuando tenga bienes, y por último en caso de no haber descendientes, ascendientes o colaterales el supérstite sucederá en todos los bienes al *de cujus*. Arts. 1624 al 1629.

Sucesión de los colaterales, si solo hay hermanos por ambas líneas, éstos sucederán por partes iguales, si concurren los hermanos con medios hermanos los primeros heredarán doble porción que los segundos, existe la posibilidad de que concurren hermanos premuertos (el albacea de su sucesión en nombre del fallecido), que son incapaces de heredar o en su caso que hayan renunciado a la herencia, los primeros heredarán por cabezas y los segundos lo harán por estirpes y a falta de ellos heredarán los parientes mas próximos dentro del cuarto grado, a falta de hermanos sucederán los hijos de éstos, dividiéndose la herencia por estirpes, y la porción de cada estirpe por cabezas. Arts. 1630 al 1634.

Sucesión de los concubinos, en ésta sucesión, el artículo 1635 establece la posibilidad de que puedan heredar por vía legítima aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge reuniendo los siguientes requisitos:

- a) Que hayan vivido en el mismo techo como si fueran cónyuges, los últimos cinco años antes del fallecimiento o,
- b) Que hayan procreado hijos en comun, siempre y cuando ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

Sin embargo, en atención a proteger la institución del concubinato, el legislador a previsto que si al morir el autor de la herencia le sobreviven varias concubinas o concubinaños en las condiciones mencionadas ninguno de ellos heredará.

Sucesión de la beneficencia pública, para que se dé ésta posibilidad, será necesario que no haya parientes del *de cujus* que pudieran tener derechos hereditarios, para lo cual se tomará en consideración lo mencionado con anterioridad, y en el caso de existir bienes inmuebles que la beneficencia pública

no pueda adquirir conforme al artículo 27 de la constitución. se rematarán en subasta pública aplicándose el importe a la misma.

Ahora bien, en los juicios sucesorios, ya sea testamentarios o *ab intestato*, en el auto de radicación, el juez ordenará se giren los siguientes oficios:

1. Al archivo General de Notarías, a efecto de que el director rinda un informe sobre la existencia o no en sus archivos de testamento público abierto u ológrafo otorgado por el causante.

2. Al Archivo Judicial para recabar informe sobre cualquier otro tipo de testamento.

3. A la Secretaría de Salud, anexándose copia simple de la denuncia y así considerarla como parte en el juicio sucesorio.

II.1.2.- DE LA SUCESION TESTAMENTARIA.

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. Así es como empieza el capítulo correspondiente a la sucesión testamentaria en nuestro Código Civil vigente, y así es como empezamos el estudio de los testamentos en general, el Código establece que el testamento es el único modo de que las personas puedan disponer de sus bienes en forma total o parcial para después de su muerte, así también se prevé el disponer de bienes nombrándose herederos o legatarios y aun cuando los dos recibirán a beneficio de inventario, los herederos heredarán a título universal mientras que los legatarios recibirán a título particular.

En cuanto al concepto de testamento, el maestro Gutierrez y Gonzalez, establece el suyo propio y hace algunas reflexiones al incorporado en el Código, así las cosas, es necesario entrar al estudio del concepto en comento: "Testamento es el acto jurídico, unilateral, personalísimo, revocable, libre y formal, por medio del cual una persona física capaz, dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte" (41).

(41) ERNESTO GUTIERREZ Y GONZALEZ. Derecho Sucesorio Inter Vivos y Mortis Causa. Ed. Porrua.

Como podemos apreciar hay algunas diferencias con respecto al concepto del Código, al respecto podemos establecer que es un acto jurídico por que "es una manifestación de voluntad hecha para producir efectos de derecho que su autor desea, y que se producen por que el derecho sanciona esa manifestación de voluntad." (42) y así mismo, es un acto unilateral puesto que no depende de un concurso de voluntades para producir efectos jurídicos, sino que solo necesita de la aprobación que la ley haga del mismo. Es un acto personalísimo, ya que solo el causante de la herencia puede establecer los términos en los que dispondrá de sus bienes y a quienes nombrará como herederos o legatarios. El testamento es un acto revocable puesto que el testador puede en dado caso cambiar de parecer y en tal sentido sería una aberración hacerlo cumplir con una disposición que va en contra de su voluntad, así las cosas, el maestro Gutierrez y Gonzalez, establece el siguiente concepto de revocación en materia sucesoria, "La revocación de un testamento es un acto jurídico unilateral del autor de testamento, por medio del cual se priva de sus efectos para el futuro, al acto jurídico anterior consistente en haber otorgado un testamento, plenamente válido, por razones de oportunidad catalogadas subjetivamente por su autor."

Ahora bien, existen dos tipos de revocación de testamento, la revocación tácita y la expresa, la primera se realiza cuando habiendo otorgado testamento, el causante otorga otro con posterioridad cambiando los términos del primero, y aun cuando en el segundo no se haga mención alguna del testamento anterior, por disposición de la ley el testamento otorgado en primer lugar quedará sin efecto, por su parte, la revocación expresa ocurre cuando habiendo sido otorgado un testamento, en posterior acto se determina la revocación de todo o parte del testamento otorgado con anterioridad, y decimos acto puesto que no se necesita otorgar otro testamento para revocar el primero sino solo la declaración ante notario de tal decisión.

El testamento es un acto libre, ya que debe ser otorgado por la persona cuando se encuentre en plena libertad de expresar su voluntad. Si su voluntad se encuentra viciada, podrá ya el testador o sus herederos en su oportunidad pedir la nulidad del testamento. El testamento es un acto formal ya que para su validez requiere ser manifestado ante una autoridad investida de fé pública como lo es el notario público y llenar determinadas formalidades como lo es el quedar expresado por escrito en los libros especiales que al efecto se tienen en la notaría, existiendo la excepción a la regla ya que no todos los testamentos requieren para su validez la presencia de un notario como es el caso del testamento en estudio, pero aún así deben cumplir los requisitos impuestos por el código para que dichos actos puedan surtir sus efectos, lo cual es en sí una formalidad.

(42) Op. Cit.

Hay sin embargo autores que consideran al testamento como un acto solemne, es el caso del maestro Georges Ripert, quien siguiendo los pasos del maestro Planiol establece las razones por las cuales considera que el testamento es un acto solemne y manifiesta que "El testamento es un acto solemne que debe realizarse en ciertas formas determinadas por la ley. Esta solemnidad del testamento resulta de su carácter unilateral. Todas las legislaciones están de acuerdo en imponer, con mayor o menor rigor, el principio de la solemnidad del testamento. Si el principio del consensualismo logró afirmarse en materia de contratos, es por que cada una de las voluntades se hace conocer inmediatamente de la otra y cae en alguna medida bajo su campo de acción. Lo que importa es el acuerdo de las voluntades que se compenetran y constituyen un todo. Esta unión de voluntades constituye un hecho social que se hace exterior a cada uno de los contratantes; solo puede plantearse la cuestión de la prueba. En el caso del testamento, por lo contrario, es la sola voluntad del testador la que entra en juego y, precisamente por que está sola, porque ninguna otra interviene para comprobar su existencia y asir su contenido, es necesario que su manifestación esté reglamentada. Es deslizándose de una forma preestablecida que se desprende del pensamiento de su autor; es solamente entonces que deja de ser una simple realidad psicológica para convertirse, también ella, en un hecho social, generador de consecuencias jurídicas." (43)

Al respecto podemos decir que en nuestro derecho el testamento es un acto formal y no solemne como se asevera por algunos juristas, inclusive el código cae en algunas contradicciones al respecto pues habla de solemnidad que es un elemento de existencia y establece que a falta de dicha solemnidad el testamento será nulo, en este caso debería establecer que el testamento será inexistente pues la nulidad se dá cuando el acto existe pero adolece de un requisito de validez, por lo anterior, consideramos que el testamento es un acto formal solamente y nó uno solemne.

El testamento debe ser hecho por persona capaz, (*testamenti factio activa*), en éste caso, la ley establece quienes estan incapacitados para testar y son:

I. Los menores que no han cumplido dieciseis años de edad, ya sean hombres o mujeres;

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

(43) GEORGES RIPERT, Tratado de Derecho Civil Tomo X volumen I. Ed. La Ley.

Hay sin embargo dos excepciones a la regla general y son las siguientes: el testamento ológrafo, materia de nuestro estudio, el cual solo puede ser otorgado por mayores de edad, a diferencia del resto de los testamentos en los cuales pueden disponer de sus bienes los menores de edad pero mayores de dieciseis años, y los incapaces declarados judicialmente, pueden otorgar testamento en sus momentos de lucidez siempre y cuando se observen una serie de formalidades que el propio código establece. Es un acto en el que se puede disponer de bienes y derechos pecuniarios, pero tambien se pueden declarar o cumplir deberes, como por ejemplo el reconocer adeudos o inclusive reconocer hijos y en este caso, aun cuando el testamento sea revocado por las formas vistas con anterioridad, dicho reconocimiento subsistirá.

Y por último, el testamento surtirá sus efectos solo hasta despues de la muerte de su autor, y es por ello que por regla general se permite testar al menor de 18 años y desde los 16, puesto que ningun daño le causará esa disposición, toda vez que está sujeta a plazo incierto, así tambien a que la ley establece que "el heredero o legatario no puede enajenar su parte de la herencia sino despues de la muerte de aquel a quien hereda." (44)

Ahora bien, habiendo establecido el concepto de testamento y despues de analizar sus elementos, es necesario hacer un breve estudio de las reglas que para otorgar testamento así como para poder ser heredero se requieren, es decir la capacidad para heredar, al respecto, el maestro Ennecerus estableció que: "Capacidad de heredar es la capacidad de ser heredero o de adquirir por otro modo atribuciones patrimoniales *mortis causa*. Capaz de heredar lo es toda parsona humana. La capacidad de heredar es una consecuencia de la capacidad jurídica general; el hecho de que la posean todos los hombres es una consecuencia del principio de que todos los hombres sean jurídicamente capaces." (45)

Por otra parte, en nuestro derecho, el artículo 1305 del Código Civil establece lo siguiente: "Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no les prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho." (En este caso estamos hablando de la *testamenti factio activa*), por lo que al resultar un tanto vago este artículo, el siguiente menciona que personas están incapacitadas para testar, y son como ya se mencionó líneas arriba: I. Los menores que no hayan cumplido 16 años de edad, ya sean hombres o mujeres; y II. Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio.

(44) ERNESTO GUTIERREZ Y GONZALEZ Derecho Sucesorio Inter Vivos y Mortis Causa Ed. Porrúa

(45) LUDWIG ENNECERUS Tratado de Derecho Civil. Ed. Bosch

En el caso de personas que no gozan de su cabal juicio, establece la ley que podrán testar cuando tengan intervalos de lucidez y establece determinadas reglas para que se lleve a cabo el otorgamiento, todo esto para efecto de dar certeza de que el acto es llevado a cabo con la voluntad del testador.

Así como hay impedimentos para testar, también los hay para heredar y en tal caso estamos hablando de la *testamenti factio pasiva* y el Código Civil establece en su artículo 1313 las reglas siguientes:

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

- I. Por falta de personalidad;
- II. Delito;
- III. Presunción de influencia contraria a la libertad del testador o a la verdad o integridad del testamento;
- IV. falta de reciprocidad internacional;
- V. Utilidad pública;
- VI. Renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento.

En principio, hablamos de la capacidad en general, y al respecto el maestro Gutierrez y Gonzalez establece que “la capacidad es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones, y ejercitarlos” (46).

La capacidad puede ser de goce y de ejercicio, siendo la primera la “aptitud jurídica para ser titular de derechos y obligaciones y la segunda la aptitud jurídica para cumplir con las obligaciones” (46).

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

(46) ERNESTO GUTIERREZ Y GONZALEZ. Derecho Sucesorio Inter Vivos y Mortis Causa. Ed. Porrúa

Ahora bien, en derecho mexicano todas las personas incluidas las morales son aptas para heredar, sin distinción de edad, sexo o nacionalidad, inclusive las personas no nacidas pero concebidas pueden ser herederas, siempre y cuando cumplan con el requisito de nacer vivas y viables, y además que hayan sido concebidas antes de la muerte del autor de la sucesión, así hasta las personas morales tienen capacidad para heredar y no así para otorgar testamento como ya se estudió en el apartado correspondiente.

"La regla general es la capacidad para heredar, y solo cuando la ley desea privar de esa capacidad a un determinado tipo de persona, es ella la que lo dispone." (47)

la ley establece dos tipos de incapacidades para heredar:

a). Incapacidades genéricas, que son las que se determinan genericamente para cualquier tipo de personas, y

b). Específicas, que se refieren a aquellas personas que no pueden heredar a otras determinadas personas.

Y aun cuando no hace una distinción clara de cada tipo, agrupando todos en el artículo 1313, podemos diferenciarlas de la siguiente manera:

Falta de personalidad: en este caso estamos hablando de aquellas personas no concebidas antes de la muerte del autor de la sucesión o que siendo concebidas en vida del mismo, no hayan nacido vivas y viables, por lo que no adquirieron nunca personalidad para poder ser herederos.

Por delito, en éste caso el Código Civil establece una serie de hipótesis de delitos que crean incapacidad, pero solo podrá invocarse dicha incapacidad cuando haya mediado una sentencia condenatoria que haya causado ejecutoria, ya que de lo contrario no puede proceder dicha incapacidad puesto que en ese sentido no se habría demostrado la probable responsabilidad del inculpaado y mas aún encontrándose en proceso todavía, no hay una determinación que haga efectivo este supuesto.

(47) Op. Cit.

Presunción de influencia contraria a la libertad del testador, o a la verdad o integridad del testamento, en éste caso lo que el Código protege es la libertad del testador, ya que como se vió anteriormente una de las características del testamento es que es un acto libre, y "si una persona ha influido en la voluntad del testador para que haga su testamento en determinado sentido, esa persona que influyó debe ser sancionada, y precisamente la sanción que se le aplica es la de incapacitarla para heredar a esa persona a la que influyó." (48)

Al respecto, la doctrina ha dado en llamar a este tipo de testamento como "testamento captatorio" ya que la persona que influye en la voluntad del testador para obtener un beneficio, está CAPTANDO la voluntad del causante en beneficio propio o de un tercero ajeno al otorgante, así las cosas no pueden heredar por testamento, los tutores y curadores del menor a menos que hayan sido instituidos herederos ántes de ser nombrados para el cargo o despues de la mayoría de edad del testador, el médico que haya asistido al testador durante su última enfermedad si en ese lapso hizo su disposición testamentaria, así como el cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos del médico, a ménos de que también sean herederos legítimos, el notario y los testigos que *interviniéron* en el otorgamiento, así como sus cónyuges, descendientes, ascendientes o hermanos, los ministros de los cultos no pueden ser herederos de los ministros del mismo culto o de un particular con quien no hayan tenido parentezco dentro del cuarto grádo, así como los ascendientes, descendientes, cónyuges o hermanos de los ministros, respecto de las personas a quienes estos hayan prestado cualquiera clase de auxilios espirituales, durante la enfermedad de que hubieren fallecido.

Por último está la disposición del artículo 1487 que establece que "Es nulo el testamento captado por dolo o fraude.", y al respecto el maestro Gutierrez y Gonzalez hace una crítica al citado artículo que es conveniente transcribir a continuación: "...no puede estimarse que un testamento sea captado por dolo, ya que el dolo o fraude en materia civil no es un vicio autonomo de la voluntad, sino que es una forma de inducir al error... y se aprecia ello cuando el artículo 1815 dispone que: Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir al error o mantener en el a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido. De donde resulta con claridad que el dolo no es un vicio autónomo de la voluntad, ni puede viciar un contrato o un testamento, sino que , lo que lo vicia, es el error al que se induce por medio del dolo. Por eso este artículo 1487 debiera de decir lo siguiente: Es nulo el testamento captado por error inducido por dolo." (48)

Falta de reciprocidad internacional, éste supuesto opera para personas físicas o morales que operando en México téngan la calidad de extranjeras conforme a las leyes mexicanas y que, habiendo sido designadas herederas en su país de origen los extranjeros sean incapaces de heredar, y aún cuando las personas físicas o morales extranjeras pueden ser herederas, dicha designación deberá sujetarse a las limitaciones establecidas en la constitución política de nuestro país así como las demás leyes que de ella emanen y que impongan limitaciones a dicha designación tomando en consideración lo expuesto al principio de éste párrafo.

Por utilidad pública, éste supuesto se encuentra establecido en el artículo 1329, el cual establece que: "La herencia o legado que se deje a un establecimiento público, imponiéndole algún gravamen o bajo alguna condición, solo serán válidos si el Gobierno los aprueba", claro que si el gravamen no es muy oneroso el gobierno aprobará la herencia o el legado. El segundo caso está establecido en el artículo 1668, el cual establece lo siguiente: "Las personas morales capaces de adquirir pueden, por conducto de sus representantes legítimos, aceptar y repudiar herencias; pero tratándose de corporaciones de carácter oficial o de instituciones de beneficencia privada, no pueden repudiar la herencia, las primeras, sin aprobación judicial, previa audiencia del ministerio público, y las segundas, sin sujetarse a las disposiciones relativas de la ley de beneficencia privada..." y la explicación es que dichos bienes pueden ser destinados al objeto propio de dichas instituciones que en todo caso deben ser de asistencia pública con beneficio para la población más desfavorecida, velando así por el interés público, es por eso que se le dá intervención a la representación social en el caso de instituciones oficiales.

Y por último por renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento, las cuales están previstas en los artículos 1331 y 1333 respectivamente y que establecen lo siguiente: "Por renuncia o remoción de su cargo, son incapaces de heredar por testamento, los que, nombrados en él tutores, curadores o albaceas, hayan reusado, sin justa causa el cargo, o por mala conducta hayan sido separados judicialmente de su ejercicio." Y "Las personas llamadas por la ley para desempeñar la tutela legítima y que rehusen sin causa legítima desempeñarla, no tienen derecho a heredar a los incapaces de quienes deben ser tutores", en ambos casos se establecen como causa de incapacidad los actos de ingratitud por parte del heredero hacia el otorgante, y en el primer caso también se establece la mala conducta como causa, y la incapacidad como castigo a la misma que, en cierto modo puede ser clasificada también como un acto de ingratitud ya que, el heredero al no desempeñar bien la función encomendada, se le sanciona de esta manera.

Ahora, entraremos al estudio de las condiciones que pueden ponerse en los testamentos, el artículo 1344 establece que "El testador es libre para establecer condiciones al disponer de sus bienes." En el resto de las disposiciones que componen éste capítulo, se establece una serie de hipótesis en las cuales puede el testador caer al momento del otorgamiento, pero en el artículo siguiente al transcrito se establece que lo no previsto en el presente capítulo deberá estarse a lo dispuesto por las obligaciones condicionales, por lo que es necesario hacer un recordatorio de dichas obligaciones, en tal caso, me permito transcribir el concepto de modalidad elaborado por el maestro Gutierrez y Gonzalez siendo el siguiente:

"Modalidad es cualquier circunstancia, calidad o requisito que en forma genérica pueden ir unidos a la substancia, sin modificarla, de cualquier hecho o acto jurídico"⁽⁴⁹⁾ y a continuación establece las características de dicho concepto siendo la primera la generalidad, esto es que las modalidades deben ser generales y poder aplicarse a todos los hechos y actos jurídicos ya que "Si no reviste esta característica una a la que se designa como "modalidad" de las que regula la ley, no lo será en verdad, sino solo una "forma" especial de la institución en que se encuentre regulada, aunque la ley diga que es una modalidad."⁽⁴⁹⁾ En segundo lugar tenemos que va unida a un elemento substancial del hecho o acto, "La modalidad debe afectar a las partes esenciales del hecho o acto, pero sin modificarlo, pues entonces ya no sería modalidad sino modificación"⁽⁴⁹⁾, de lo anterior el maestro establece que las únicas y verdaderas modalidades de los hechos y actos jurídicos son la condición y el plazo pues son las únicas que cumplen con el requisito de "generalidad", descartando a la mancomunidad, solidaridad, indivisión, disyuntividad, conjuntividad, alternatividad y facultatividad.

Así pues, nos dá sus conceptos de condición, condición suspensiva y condición resolutoria, siendo la condición un "acontecimiento futuro de realización contingente, del cual depende la eficacia o la resolución de derechos y obligaciones"⁽⁴⁹⁾ (contingente que quiere decir que puede suceder o no, a diferencia de incierto que quiere decir lo no cierto o verdadero), de lo cual se desprende que existen dos tipos de condición suspensiva que "es el acontecimiento futuro de realización contingente, del cual depende la eficacia o exigibilidad de la obligación"⁽⁴⁹⁾ y resolutoria que "es el acontecimiento futuro de realización contingente, del cual depende la resolución o extinción de la obligación"⁽⁴⁹⁾ puesto que cumpliéndose ésta el deudor se librá de la obligación volviendo las cosas al estado que guardaban ántes de contraída la misma, dichas obligaciones dependen ya sea su resolución o existencia de un acontecimiento futuro de realización contingente, esto es que hay la posibilidad de que ocurra pero también hay la posibilidad de que no se dé y en ese caso la obligación cesa, de lo cual se desprenden los siguientes elementos de la condición:

(49) ERNESTO GUTIERREZ Y GONZALEZ Derecho Sucesorio Inter Vivos y Mortis Causa Ed. Porrúa

- a). un acontecimiento futuro;
- b). que sea de realización contingente

a continuación, hacemos un análisis del plazo o término como modalidad de los actos jurídicos y recurrimos de nueva cuenta al maestro Gutiérrez y Gonzalez quien nos dá el siguiente concepto de plazo o término: "Un acontecimiento futuro de realización cierta, del cual depende la eficacia o la resolución de derechos y obligaciones"⁽⁵⁰⁾ además, pone en claro que en derecho mexicano y solo en éste se consideran como sinónimos al plazo y al término puesto que en otros derechos plazo es el lapso de tiempo y término es el final del plazo. De lo anterior, podemos destacar las características del plazo siendo las siguientes:

- a). acontecimiento futuro
- b). certidumbre de la llegada de ese acontecimiento.

A diferencia de la condición, el plazo tiene como característica de la certeza del acontecimiento, el cual debe ser susceptible de acaecer y el plazo necesariamente ha de llegar y así la obligación será exigible o se extinguirá, por lo que el plazo o término puede ser también suspensivo o resolutorio siguiendo los pasos de la condición con la diferencia ya señalada. Entonces podemos establecer el plazo o término suspensivo como "el acontecimiento futuro de realización cierta, al cual se supedita la eficacia de una obligación"⁽⁵⁰⁾, esto es que mientras no se cumpla el plazo la obligación quedará en suspenso, pero hay la certeza de que dicho plazo habrá de cumplirse. Por otra parte, el plazo o término resolutorio es aquel "acontecimiento futuro de realización cierta, del cual depende la extinción de una obligación"⁽⁵⁰⁾, esto es que la obligación subsistirá mientras no llegue a su fin el plazo de la misma, y dándose esta la obligación dejará de existir o de ser exigible.

Ahora bien, la carga o modo parte fundamental de nuestro tema de estudio podemos definirla de la siguiente manera: "Carga o modo es toda obligación excepcional que se impone a un contratista, o que se conviene por ambas partes, y que debe cumplir el adquirente de un derecho, sea a título gratuito u oneroso"⁽⁵⁰⁾.

(50) Op. Cit.

Con lo anterior podemos establecer que ésta figura puede aplicarse a todo tipo de actos ya sean onerosos o gratuitos y aun cuando es mas comun su aplicación a los actos gratuitos como las donaciones o los testamentos, tambien puede aplicarse a los actos onerosos.

La carga o modo tambien puede analizarse por sus características, las cuales segun el maestro Gutierrez y Gonzalez son:

"a). Impone una obligación, significa que con motivo de esta cláusula, el deudor en el acto debe cumplir, y el acreedor le puede exigir, una determinada conducta que al efecto se le impone o se pacta.

b). Es una obligación excepcional, lo de excepcional quiere decir que se debe tratar de una obligación que no deriva del régimen jurídico, el regular, del acto que se celebra, sino que es ajeno a esa naturaleza.

c). La obligación se le impone al adquirente de un derecho, denota que el modo tiende a limitar o aminorar un derecho, y por ello, no se concibe sino como una imposición que se hace al adquirente de éste, sin importar si la adquisición es a título oneroso o gratuito." (51)

cabe hacemos la pregunta de cual es la diferencia entre condición y carga o modo ya que al parecer son lo mismo, el maestro De Ibarrola nos dice citando a Josserand y Capitant que "la carga mira a los bienes y la condición apunta a la persona." (52) y citando a Savatier, Planiol y Ripert que "la condición produce efectos de pleno derecho; la carga es una obligación que no produce efectos, sino bajo el control de la justicia." (52)

de manera un poco mas didáctica, el maestro Gutierrez y Gonzalez nos dá las siguientes diferencias:

"a).- La carga o modo es una obligación presente y cierta; la condición es un acontecimiento futuro de realización contingente.

(51) ERNESTO GUTIERREZ Y GONZALEZ. Derecho Sucesorio Inter Vivos y Mortis Causa. Ed. Porrúa.
(52) ANTONIO DE IBARROLA. Cosas y Sucesiones Ed. Porrúa

b).- La carga o modo permite ejecutar la obligación principal de inmediato y no la destruye; la condición suspensiva no permite la exigibilidad o ejecución de la obligación sujeta a ella, o la destruye, según sea el caso.

c).- La carga o modo como cláusula accidental o accesorio a la obligación principal, no afecta la vida de ésta; en cambio la condición afecta en forma directa a la exigibilidad o a la existencia de la obligación principal.

d).- La carga o modo, puede exigirse coactivamente al adquirente y no depende del azar; el cumplimiento de la condición, no puede ser hecho coactivamente, ya que como hecho futuro y contingente no depende de las partes en el contrato, de la voluntad de las partes; es algo extraño o ajeno a la voluntad de los que celebran el acto, o cuando menos a la voluntad de uno de ellos." (53)

Habiendo recordado las características de las obligaciones sujetas a condición, plazo y modo o carga, podemos continuar con el estudio de nuestro tema, el artículo 1344 establece el principio general de la aceptación de la condición en los testamentos, puesto que preceptua lo siguiente: "El testador es libre para establecer condiciones al disponer de sus bienes." Las condiciones están previstas en los artículos 1347 en el que se establece que "la condición física o legalmente imposible de dar o de hacer, impuesta al heredero o legatario, anula su institución" lo que es comprensible pues si la condición no puede realizarse tampoco podrá ser exigible una obligación que en ese sentido siquiera ha nacido. El artículo 1352 preceptua lo siguiente: "Si la condición es puramente potestativa de dar o hacer alguna cosa, y el que ha sido gravado con ella ofrece cumplirla; pero aquel a cuyo favor se estableció rehúsa aceptar la cosa o el hecho, la condición se tiene por cumplida" en éste caso, no se puede obligar a nadie a recibir una prestación así como no se puede obligar a una persona a ejercitar un derecho, puesto que es potestad o decisión del mismo ejercitarlo o no. El artículo 1356 preceptúa el caso de la condición casual y la condición mixta siendo la primera la que depende enteramente de la casualidad o de la voluntad de un tercero ajeno al acto y la mixta es aquella que depende juntamente del acontecimiento ajeno a la voluntad de las partes y de la voluntad de una de ellas, así dicho artículo establece que "Cuando la condición fuere casual o mixta, bastará que se realice en cualquier tiempo, vivo o muerto, el testador, si éste no hubiere dispuesto otra cosa." Por su parte, el artículo 1358 establece la condición ilícita que es aquella que va en contra de una norma de derecho o de las buenas costumbres persiguiendo así un fin ilícito, así el artículo en comento establece lo siguiente: "La condición impuesta al heredero o legatario, de tomar o dejar de tomar estado, se tendrá por no puesta."

(53) ERNESTO GUTIERREZ Y GONZALEZ. Derecho Sucesorio Inter Vivos y Mortis Causa. Ed. Porrúa.

Y es así por que atenta contra la libertad de las personas en cuanto que prohíbe casarse con determinada persona o casarse con una persona en particular. Y por último el artículo 1361 que establece que: "La carga de hacer alguna cosa se considera como condición resolutoria".

Pasamos ahora a lo relativo al plazo, y encontramos que nuestra legislación prohíbe el plazo en la institución de heredero, en efecto el maestro Gutierrez y Gonzalez establece las bases para dicha aseveración, siendo las siguientes:

a).- En derecho mexicano no hay herencia yacente, pues como ya se sabe, se recurrió a la ficción jurídica de que el heredero sustituye al autor de la herencia en el último momento de la vida de éste.

b).- Hay por lo mismo una continuidad inmediata, una liga automática en la sustitución de la titularidad de los bienes, que no pueden quedar en ningún momento sin titular.

c).- El plazo suspensivo implicaría que el heredero no entrará al goce de los bienes, y al ejercicio de sus derechos, sino hasta un tiempo prefijado por el testador en su testamento.

d).- Como consecuencia, se tendría que los bienes aunque tubieran titular a la muerte del autor de la herencia, no podrían ser aprovechados, ni resueltos los problemas que respecto de los mismos se dieran, pues el heredero al estar sujeto a plazo suspensivo, no podría ejercitar sus derechos y facultades.

e).- Por lo mismo es lógico concluir que la ley no debe permitir que la institución de heredero se sujete a plazo suspensivo.

f).- En cambio, por lo que se refiere al legatario, sí es posible que el testador sujete la institución a plazo, puesto que el legatario no adquiere a título universal, sino solo a título particular." (54)

(54) Op. Cit.

Es por lo expuesto con anterioridad que el mismo código civil establece en su artículo 1380 que: "No obstante lo dispuesto en el artículo 1344, la designación de día en que deba comenzar o cesar la institución de heredero, se tendrá por no puesta."

Y por último, en cuanto a las cargas, estas son susceptibles de ser puestas en las disposiciones testamentarias, pero estarán en proporción al monto del valor del patrimonio activo que se transmita, así el artículo 1284 preceptúa que: "El heredero adquiere a título universal y responde de las cargas de la herencia hasta donde alcance la cuantía de los bienes que hereda."

A continuación hablaremos de la interpretación del testamento, y en principio ¿que es interpretar? El maestro Gutierrez y Gonzalez nos responde a esta pregunta con su concepto particular llevado al campo de las obligaciones puesto que el mismo código solo hace referencia a la interpretación de los contratos, es de esperarse que dichas normas se lleven al campo del derecho sucesorio, así pues, según el maestro, "interpretar un contrato es averiguar el sentido en que la declaración de voluntad de los que contratan es decisiva para el derecho, y así llegar a conocer el alcance y efectos jurídicos de las voluntades que en el intervinieron."⁽⁵⁵⁾, en este sentido, el maestro De Ibarrola, nos dice a fin de conceptualizar que, la interpretación "tiene primordialmente como fin determinar el contenido de una voluntad dudosa. Cuando la voluntad es incognoscible de una manera cierta."⁽⁵⁶⁾ a través de estas aseveraciones, podemos decir que la interpretación simple y sencillamente es desentrañar la voluntad de las partes, es decir establecer con certeza a lo que se quisieron obligar, y para éste caso se nos presentan dos teorías de interpretación de la voluntad que son:

"a).- La de la voluntad interna o subjetiva: el juez debe investigar a través de las palabras empleadas la verdadera intención del testador.

b).- La teoría de la voluntad declarada u objetiva, que invoca la seguridad dinámica respecto a los terceros, a fin de que exista la seguridad en las transacciones, y todo el mundo sepa a que atenerse al entrar en relaciones con aquel que finca sus derechos en el tenor literal de un documento."⁽⁵⁶⁾

Los juristas no se ponen de acuerdo en que teoría ha de ser la que se utilice en materia sucesoria, puesto que en contratos la teoría de la voluntad declarada u objetiva es la que prevalece, en materia sucesoria no hay tal

(55) ERNESTO GUTIERREZ Y GONZALEZ. Derecho Sucesorio Inter Vivos y Mortis Causa. Ed. Porrúa.

(56) ANTONIO DE IBARROLA. Cosas y Sucesiones Ed. Porrúa.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

acuerdo puesto que está el principio de que el testamento es la última voluntad de una persona y sobre todo que la voluntad del testador debe respetarse, por lo que muchos autores coinciden en que la teoría de la voluntad interna es aquella que debe aplicarse a la interpretación de los testamentos, pero aquí se presenta el gran problema ya que en este caso el juzgador se convertiría en un auténtico adivino, lo que ocasionaría que no se realizara la voluntad del causante como el lo hubiera querido, aún así muchos autores defienden el uso de ésta teoría, es el caso del maestro Gutierrez y Gonzalez que considera que ésta teoría es la que debe de adoptarse y no solo en materia sucesoria sino también en los demás actos jurídicos que por su naturaleza necesiten en un momento dado de ser interpretados considerando sin embargo tres excepciones:

"a).— Cuando el contrato se celebra en atención a beneficiar a terceras personas o terceros. En este tipo de contrato las voluntades de los que lo celebran se está dirigiendo precisamente para beneficio de otras personas, y debe por lo mismo estarse a lo que expresaron y no a lo que digan que pensaron decir.

b).— El caso previsto por el artículo 1813 del Código Civil. Como caso de excepción a la teoría de la voluntad real o interna, que adelantando ideas es la que admite el código, está la prevista en el artículo que menciono, pues ahí se dice que: "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". Aquí no se puede atender a la voluntad real o interna, ya que de manera expresa se está declarando qué es lo que se quiere, y qué es lo que determina a contratar, y no debe pensarse que hay equivoco al expresarse.

c).— En los contratos solemnes. En éstos tampoco puede regir la voluntad interna, puesto que la misma se debe externar precisamente con la forma solemne prevista por la ley, forma que no puede interpretarse ni producir más consecuencias que las determinadas exactamente por el ordenamiento positivo." (57)

En resumen, ¿cual teoría es la que debemos aplicar?, inclusive en nuestro código encontramos disposiciones encontradas no solo unas con otras sino las dos teorías en un solo artículo, es el caso del artículo 1851 que establece lo siguiente:

(57) ERNESTO GUTIERREZ Y GONZALEZ. Derecho Sucesorio Inter Vivos y Mortis Causa. Ed. Porrúa.

"Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas".

Al parecer (y esto es una interpretación pues hasta la ley no es del todo clara en algunos aspectos y hay que tratar de desentrañar la voluntad del legislador, el ejemplo mas claro de ello es la jurisprudencia) la teoría adoptada por el Código es la de la voluntad interna, en virtud de que los artículos 1302, 1300, 762 y 1477 otorgan a ésta doctrina una jerarquía superior a la de la voluntad extema, preceptuando lo siguiente:

"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 mas conforme a la intención del testador, segun el tenor del testamento y la prueba auxiliar que a este respecto pueda rendirse por los interesados."

"Artículo 1300.— La disposición hecha en términos vagos en favor de los parientes del testador, se entenderá que se refiere a los parientes más próximos, segun el orden de la sucesión legítima."

"Artículo 762.— Cuando por la redacción de un testamento o de un convenio, se descubra que el testador o las partes contratantes han dado a las palabras muebles o bienes muebles una significación diversa de la fijada en los artículos anteriores, se estará a lo dispuesto en el testamento o convenio."

"Artículo 1477.— Si los herederos instituidos en partes desiguales fueren substituidos recíprocamente, en la substitución tendrán las mismas partes que en la institución; a no ser que claramente aparezca haber sido otra la voluntad del testador."

Por último, analizaremos el testamento en el caso de que sea declarado inoficioso y las causas por las cuales se dá esta situación. El artículo 1374 preceptúa que : "Es inoficioso el testamento en que no se deje la pensión alimenticia, segun lo establecido en este capitulo." Por lo que si bien es cierto que el testador puede disponer libremente de todos sus bienes, tambien es cierto que los acreedores alimentarios tienen derechos que deben respetarse.

El maestro Gutierrez y Gonzalez establece que "Si una persona al hacer su testamento tiene personas a las cuales les debe dar alimentos, y no cumple con ese deber en su testamento, al fallecer resulta que habrá dejado incumplido un deber que se traducía en una obligación, o en un crédito indemnizatorio a favor de la persona o personas que tenían derecho a esos alimentos." (53)

Esta figura surgió de la necesidad de que el testador no deje desamparados a sus acreedores alimentarios, a los cuales por un deber jurídico debió proporcionarles alimentos en su disposición testamentaria, esta aparente excepción a la teoría de la libre testamentación ya estudiada no lo es en sí, en efecto, aun cuando parezca que la ley es contradictoria al no respetar la voluntad del testador en el aspecto de los alimentos al declarar que dicho testamento es inoficioso, esto no quiere decir que esa disposición sea nula sino que "si bien el testamento es plenamente válido, sin necesidad de juicio previo para que se constate el hecho ilícito de no haber dejado alimentos a los que se les debía, se toma del importe de los bienes que dejó el autor de la herencia, una parte para el pago de los alimentos, solo en cuanto baste a satisfacer esa deuda, ahora sí deuda, y el testamento sigue surtiendo efectos en todo lo demás. El testamento es inoficioso, esto es, no surte efectos, no opera en beneficio de los herederos designados, en lo que se deba dar a los que tenían derecho a los alimentos que el testador debió dejarles." (58)

No debe pensarse que el testamento sea nulo, en virtud de que un acto nulo implica una falta de forma, una voluntad viciada, un objeto, motivo o fin ilícito o una voluntad incapaz, lo que no ocurre en este tipo de testamento, así las cosas el Código Civil en sus artículos 1368 al 1377 establecen las formas por las cuales el testamento puede ser inoficioso.

(58) Op. Cit.

CAPITULO III. "DE LOS DIVERSOS TIPOS DE TESTAMENTOS".

En el presente capítulo, haremos un pequeño análisis de los testamentos en particular, como sabemos, el testamento es el único modo en que las personas físicas pueden disponer de sus bienes en forma total o parcial para después de su muerte, y cada uno tiene características especiales que los hacen diferentes a los demás en cuanto a su formalidad, o incluso a la falta de ella.

El propio Código Civil en su artículo 1499, prevé una clasificación de los testamentos dividiéndolos en dos grandes grupos: ordinarios y especiales.

Los testamentos ordinarios se denominan así por que son la forma mas común y corriente sin tantos requisitos que la propia ley señala para su otorgamiento y son:

- I. Testamento Público Abierto.
- II. Testamento Público Cerrado.
- III. Testamento Ológrafo, y
- IV. Testamento Público Simplificado.

Además, estos tipos de testamentos también se caracterizan en cuanto a su formalidad y aparte de que deben ser otorgados por escrito, son los que ordinariamente se otorgan, en cuanto al testamento ológrafo, amén de que será estudiado mas a fondo en el capítulo correspondiente, podemos adelantar que es un testamento "sui-generis" por que para su validez, el testador debe otorgarlo de puño y letra y, en cuanto al último de los señalados, éste solo podrá otorgarse para disponer de inmuebles destinados para la construcción de casa habitación.

En cambio, los testamentos especiales señalados por el propio Código en su artículo 1501 son los siguientes:

- I. Testamento Privado.
- II. Testamento Militar.

III. Testamento Marítimo, y

IV. Testamento Hecho en País Extranjero.

Se consideran especiales, por que el propio Código señala bajo que precisas circunstancias deben otorgarse, inclusive atendiendo a su formalidad cada uno.

Todas las sucesiones testamentarias a su apertura se registrarán por las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles, pues a la denuncia se acompañarán el propio testamento, citando el juez de los autos a una audiencia con citación de los interesados, la que tendrá como finalidad hacer saber de la existencia del testamento a quienes son los herederos y legatarios si los hay, en que proporción hereda cada quien y hacerles del conocimiento quien fue nombrado albacea, a quien se le hará saber su nombramiento para efectos de aceptación y protesta del cargo, por lo que llenado este requisito se declarará válido el testamento, previos informes del archivo general de notarias y archivo judicial sobre la existencia o nó de otro testamento.

El maestro De Pina establece que los testamentos no tienen ningún orden jerárquico entre sí y que un testamento notarial puede ser revocado por un testamento ológrafo y que "En realidad cualquier testamento puede ser revocado por otro, sin consideración a la forma que ambos revistan. Negar esto equivaldría a poner un obstáculo injustificado a la efectividad del principio legal de la revocabilidad de los testamentos, admitido por todas las legislaciones. La revocación del testamento hecho en una forma cualquiera, puede ser hecha, por lo tanto, no solo en cualquier tiempo, sino en otro testamento cualquiera, sin excepción, siempre que sea de los admitidos en el sistema sucesorio establecido por la legislación que regule aquel que se revoca."⁽⁵⁹⁾

III.2.1.- DEL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO.

El testamento público abierto, es aquel que para su formalidad debe otorgarse por escrito de acuerdo a las reformas de 1998, puede tener testigos o nó, que solo servirán para auxiliar al fedatario y para identificar a quien otorga el testamento, la propia ley establece que el testador de modo claro y terminante manifieste su voluntad al notario, también se prevé la posibilidad en cuanto a la circunstancia de que si el testador no sabe firmar, lo haga a su ruego un tercero del cual se recabarán sus generales y firma, lo mismo sucederá en el caso de que alguno de los testigos no sepa firmar.

(59) RAFAEL DE PINA Elementos de Derecho Civil Mexicano Ed. Porrúa.

Terminado el testamento, corresponde al notario observar que los requisitos se llevarán acabo de acuerdo a lo establecido en el Código Civil, como el más importante que es el de haberse otorgado en un mismo acto y firmado en el mismo por todos los que intervinieron en el, de no ser así, no solo el testamento quedará sin efectos sino que el notario responderá de los daños y perjuicios que ocasione independientemente de la pérdida de su función.

En cuanto al testamento público abierto, el maestro De Pina, comenta que "Esta forma de testar es, desde luego, la más solemne, habiéndose calificado su denominación de testamento público como equívoca, puesto que se dice en cierto sentido también es público (en cuanto lo autoriza un funcionario de esta clase y tiene plena autenticidad) el testamento cerrado, pero en realidad la denominación de público hace referencia a su publicidad más que a la calidad de la función del notario que lo autoriza, aunque ésta influye también en ella." (60)

Las características del testamento público abierto son según el maestro De Pina las siguientes: la presencia del notario ante quien se otorga, la concurrencia de los testigos y la unidad del acto.

"El notario actúa como fedatario, para dar fé del acto en que consiste el otorgamiento del testamento." (60) esto es que, por disposición expresa de la ley, para que el acto exista debe de ser otorgado el testamento en presencia de dicho fedatario público, además que "la función que el notario cumple en el otorgamiento de un testamento no se concreta a dar fe del acto, sino que constituye también una garantía de la corrección del mismo, dado el carácter técnico del derecho que tiene, como titular de una profesión jurídica reglamentada por el Estado." (60)

Por otra parte, la función de los testigos es la de un requisito de validez del acto en sí, puesto que la intervención de los mismos "no está exigida *ad probatoriem*, sino *ad substantiam (ad solemnitatem)*. No tiene, por consiguiente, finalidad probatoria; es un elemento esencial del acto, cuya falta determina la nulidad." (60) en éste caso, difenimos de la percepción del autor de éste comentario, en virtud de que los testigos no son un elemento esencial del acto, prueba de éste es que en las últimas reformas al código civil, se suprimió como requisito la concurrencia de testigos al otorgamiento, puesto que es inverosímil que la actuación de un fedatario tenga que ser reforzada por el testimonio instrumental de otras personas.

(60) Op. Cit

Por último, el Código Civil al disponer entre las formalidades del testamento que éste debe otorgarse en un acto continuo, esta aludiendo a la unidad del acto, este requisito se exige "como garantía de que durante su otorgamiento no se intercalen asuntos ajenos que puedan quitarle seriedad y poner en entredicho la espontaneidad y libertad del testador". Al respecto hay situaciones que sirven de preparación al notario para el otorgamiento del testamento, los cuales no pueden ser considerados dentro del acto en sí, al respecto el maestro De Pina menciona lo siguiente: "El acto testamentario, propiamente dicho, es decir, el otorgamiento del testamento, necesita, evidentemente, de una preparación, que se traduce en actividades encaminadas a proporcionar al notario los datos necesarios para la confección del testamento y a procurar la comparecencia oportuna de los testigos." (61)

"El otorgamiento del testamento no comienza, en realidad, hasta que reunidos el testador, el notario y los testigos, con las formalidades del caso, se proceda a la redacción cuyo contenido esencial es la voluntad del testador, lectura y firma del documento, pues a nuestro juicio no cabe comenzar el acto con la lectura de un testamento previamente redactado, dado que la redacción (aunque previamente se hayan dado las instrucciones para ella) es un momento del acto que exige la presencia del otorgante y de los testigos." (61)

así las cosas, es necesario en el testamento público abierto hacer la distinción entre la preparación y el otorgamiento del testamento, y la unidad del acto se refiere al otorgamiento puesto que no podría llevarse acabo la preparación y el otorgamiento en un mismo acto ya que se volvería un acto interminable y sujeto de errores.

Ahora, analizaremos las modalidades del testamento público abierto, y éstas se dan cuando por alguna circunstancia las condiciones en que normalmente se otorga este tipo de testamento se ven modificadas, el maestro De Pina menciona como modalidades del testamento público abierto las siguientes:

- "a). cuando el testador fuere enteramente sordo, pero que sepa leer, el interesado deberá dar lectura a su testamento y si no supiere o no pudiese hacerlo, designará una persona que lo lea en su nombre; b). cuando sea ciego el testador, se dará lectura al testamento dos veces, una por el notario que lo hará en voz alta, y otra, en igual forma, por uno de los testigos u otra persona que el testador designe; c). cuando el testador ignore el idioma del país, puede

(61) Op. Cit



escribir de su puño y letra su testamento, que será traducido al español por los intérpretes que deberán concurrir al acto para estos efectos, transcribiéndose la traducción como testamento en el protocolo respectivo y archivándose el original en el apéndice correspondiente del notario que intervenga; d). si el testador no puede o no sabe escribir, uno de los intérpretes escribirá el testamento que dicte aquél, y leído y aprobado por el testador, se traducirá al español por los dos intérpretes que deben concurrir al acto, con transcripción en el protocolo y en el apéndice del notario; e). si el testador no puede o no sabe leer, dictará en su idioma el testamento a uno de los intérpretes y traducido por los dos intérpretes se procederá como en los dos casos anteriores." (62)

Por su parte, el maestro De Ibarrola establece ciertas ventajas del testamento público abierto, las cuales nos permitimos transcribir a continuación: "a). la primera de ellas es que lo pueden otorgar quienes no saben leer o escribir: (si el testador no pudiere o no supiere escribir, intervendrá otro testigo más, que firme a su ruego art. 1514), (art. 1515: en el caso de extrema urgencia y no pudiendo ser llamado otro testigo, firmará por el testador uno de los instrumentales, haciéndose constar esta circunstancia). b). tiene todas las garantías que al caso presta la competencia, probidad y la responsabilidad del notario. c). tiene toda la fuerza probatoria de los documentos auténticos." (63)

Y mas adelante el autor agrega: "Ciertamente en el testamento público se alcanzan plenamente los objetivos de las prescripciones relativas a solemnidades; lleva empero consigo la observancia de una pesada serie de formalidades. Se ha sostenido que esta forma testamentaria debería ser la única admitida por el Derecho. Esto es bien exagerado. El otorgamiento público del testamento correspondió perfectamente a la práctica y a las concepciones jurídicas alemanas, que lo consideraban como un negocio jurídico importante que debía tener lugar ante el tribunal o ante otras autoridades." (63)

Resumiendo lo expuesto, resulta que el testamento público abierto debe otorgarse con las siguientes solemnidades, bajo la pena de nulidad:

1.— Dictado de su última voluntad por el testador al notario, en presencia de los tres testigos.

2.— Redacción por escrito del testamento por el notario.

(62) RAFAEL DE PINA. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Ed. Porrúa.

(63) ANTONIO DE IBARROLA. Cosas y Sucesiones Ed. Porrúa.

3.- Lectura del testamento por el notario en voz alta, para que el testador manifieste si está conforme con el.

4.- Firma del testamento por el testador, los testigos y el notario.

5.- Expresión del lugar, del día, hora, mes y año en que se otorga el testamento.

6.- Expresión de la circunstancia de haber firmado otra persona que el testador por imposibilidad o por no saber escribir.

7.- La misma expresión cuando alguno de los testigos no supiere escribir.

8.- Certificación del notario de que el testamento se otorgó en un solo acto y de que se llenaron todas las formalidades exigidas por la ley, enumerándolas.

Al respecto, el Doctor Azúa Reyes manifiesta que: "Todas estas exigencias, todas estas formalidades, no tienen otro objeto que garantizar la autenticidad de la voluntad del testador y evitar que sea suplantada fraudulentamente por el notario o por otras personas coludidas con el." (64)

III.2.2.- DEL TESTAMENTO PUBLICO CERRADO.

Ahóra, toca su turno al testamento público cerrado, según el Código Civil es aquel que "puede ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego, y en papel común.", el Doctor Azúa establece que: "En el testamento público cerrado no se exige la autografía. El testador puede escribir por sí mismo sus disposiciones de última voluntad, o puede hacerlas escribir por otra u otras personas a las que designe. En todo caso, el que escribe el testamento a ruego del testador es considerado como un servidor o amanuense, que obra bajo la dirección de aquel sin disponer nada por sí. En éste sentido, tal persona no necesita capacidad para obrar, por lo que puede perfectamente ser un menor o un interdicto. Por otra parte, el testador no tiene que indicar el nombre de esa persona, esto será necesario sólo en el caso de que hubiere rubricado y firmado por el testador." (64)

(64) DR. AZUAREYES SERGIO T. Código Civil comentado tomo III, de las sucesiones Ed. Porrúa.

El maestro Baqueiro, por su parte nos dá una descripción bastante concreta de este tipo de testamento, así pues dice que: "Testamento ordinario público cerrado es el testamento que el testador redacta personalmente o es redactado por otra persona a su ruego. Se presenta en sobre cerrado, al notario, quien hace constar su existencia y autenticidad en el protocolo y sobre que contiene el testamento, lo devolverá al testador quien lo conservará o depositará en persona de confianza o en el archivo judicial." (65)

Y continúa diciendo: "Este testamento recibe su nombre del hecho de que su contenido sólo es conocido del autor y de la persona que lo redactó, y del hecho de ser autenticada su existencia por la fê notarial, pero ni el notario ni los testigos conocen su contenido." (65)

De lo anteriormente expuesto, concluye el maestro que: "este tipo de testamento no puede ser otorgado por las personas que no saben o no pueden leer, así que está negado a los ciegos, pero lo podrán otorgar los sordomudos que sepan leer, así como las personas que no hablan español, ya que puede ser redactado en el idioma del testador." (65)

Contrariamente, el maestro Gutierrez y Gonzalez manifiesta que: "Sobre este tipo de testamento cabe hacer la aclaración que no es posible que lo otorgen en México, personas que sean extranjeras y no sepan el idioma español, o dicho de otra forma, no se puede otorgar este testamento en idioma extranjero, como sí puede hacerse en el caso del testamento público abierto, si bien con su traducción." (66) el Código Civil establece en su artículo 1503 que "cuando el testador ignore el idioma del país, un intérprete nombrado por el mismo testador concurrirá al acto y firmará el testamento" y en su párrafo primero del artículo 1518 se lee lo siguiente: "cuando el testador ignore el idioma del país, si puede escribirá su testamento que será traducido al español por el intérprete a que se refiere el artículo 1503..." y a éste respecto, el autor antes citado manifiesta lo siguiente: "en materia de testamento público cerrado no existe semejante autorización, y debe entenderse en consecuencia, que la autorización general del artículo 1503, no se puede hacer extensiva a éste tipo de testamentos públicos cerrados, pues entonces de admitirse que lo hiciera un extranjero que no habla el idioma, no habría testigos que dijeran que ahí se contiene su voluntad, y además al morir, la interpretación de su contenido quedaría al arbitrio de peritos que no conocieron la verdadera intención del testador. Se estaría así atentando contra una de las características básicas del testamento como lo es lo de (personalísimo)." (66)

(65) BAQUEIRO ROJAS EDGAR. Derecho de Familia y Sucesiones. Ed. Harla

(66) ERNESTO GUTIERREZ Y GONZALEZ. Derecho Sucesorio Inter Vivos y Mortis Causa. Ed. Porrúa

Termina el maestro Gutierrez y Gonzalez su comentario de la siguiente manera: "Finalmente, por analogía para confirmar el anterior criterio, se tiene que éste tipo de testamento se prohíbe para las personas que no saben o que no pueden leer, y de ahí que al extranjero se le pueda situar por analogía en esta misma hipótesis." (67)

Con relación a los comentarios anteriores, consideramos que si bien es cierto que la ley no prohíbe expresamente que los extranjeros que no hablen el español otorguen este tipo de testamento, también lo es que en la práctica sería imposible dicha circunstancia por los problemas que el mismo otorgamiento implica dado el análisis que muy acertadamente el maestro Gutierrez y Gonzalez hizo al respecto y que nos hemos permitido transcribir en párrafos anteriores.

Ahora, entramos al estudio de la forma y el fondo de este tipo de testamento, y al respecto el maestro De Ibarrola establece lo siguiente: "Es el fondo la declaración secreta de voluntad en un documento privado que puede ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego y en papel común." (68)

En cuanto a la forma establece las siguientes características: "a) El testador debe rubricar todas las hojas y firmar al calce del testamento; pero si nó supiere o no pudiere hacerlo, podrá rubricar y firmar por el otra persona a su ruego (art. 1522). (en éste caso, dicha persona deberá concurrir conjuntamente con el testador al notario para que en el acta respectiva se haga constar esta circunstancia art. 1523). b) El papel en que esté escrito el testamento o el que le sirva de cubierta, deberá estar cerrado y sellado, o lo hará cerrar y sellar el testador en el acto del otorgamiento, y lo exhibirá al notario en presencia de tres testigos. c) Artículo 1525: El testador, al hacer la presentación, declarará que en aquel pliego está contenida su última voluntad. d) Artículo 1526: El notario dará fe del otorgamiento, con la expresión de las formalidades requeridas en los artículos anteriores; esa constancia deberá extenderse en la cubierta del testamento, que llevará las estampillas del timbre correspondientes, y deberá ser firmada por el testador, los testigos y el notario, quien además pondrá su sello. Artículo 1527: Si algúno de los testigos no supiere firmar, se llamará a otra persona que lo haga en su nombre y en su presencia, de modo que siempre haya tres firmas. (recordemos que la Ley del Impuesto sobre Adquisición de Inmuebles D.O. 31 dic. 1979, en su artículo 22 transitorio derogó de la Ley General del Timbre de 24 de diciembre de 1975. e) Artículo 1535: cerrado y autorizado el testamento, se entregará al testador, y el notario pondrá razón en el protocolo del lugar, hora, día, mes y año en que el testamento fue autorizado y entregado." (68)

(67) ERNESTO GUTIERREZ Y GONZALEZ. Derecho Sucesorio Inter Vivos y Mortis Causa. Ed. Porrúa.

(68) ANTONIO DE IBARROLA. Cosas y Sucesiones Ed. Porrúa

Ahora bien, existe el problema de establecer la fecha en que se otorgó el testamento, si bien puede tener dos fechas diferentes que son la fecha en que se redactó el documento y la fecha en que se realizó el trámite ante el notario y que como ya vimos, éste tiene la obligación de asentar el día, hora, mes y año en que se autorizó el mismo. Y además nos preguntamos ¿para que nos puede servir la fecha del otorgamiento? Recordemos que el testamento es un acto revocable, por lo que si se otorga otro testamento con posterioridad, éste revocará al anterior. Pues bien, el maestro De Pina nos da una solución muy práctica al respecto ya que al abordar el tema establece lo siguiente:

"Acerca de cuál sea la fecha del testamento cerrado se ha planteado la cuestión de si es la del documento en que consta la expresión de la última voluntad o la del acta extendida en el sobre que lo contiene. A nuestro entender, cuando el testamento lleve fecha, será ésta indiscutiblemente la que valga, pero cuando no conste en él se considerará como tal la del acta notarial de referencia." (69)

El maestro De Ibarrola, por su parte, va mas allá y al hacer su análisis transcribe criterios que son interesantes por lo que también los transcribimos a continuación:

"¿Cuál es la fecha del testamento? ¿La que contiene en su interior el documento, o la que tiene el acta notarial, como lo opina Scévola? Valverde opina que es la del documento, que es el que contiene la verdadera declaración de voluntad. En nuestro derecho es más duro el problema, por que el código no exige, como el español, que se feche el documento. Notemos que el notario y los testigos sólo garantizan y autentizan la voluntad declarada. En el Diario de Jurisp. Director, Victoriano Pimentel (tomo III, fojas 485 tercera sala, 27 de septiembre de 1904. Testamento cerrado de Saturnina Portillo de Ortega.) La Sala revoca y lo declara válido a pesar de que el testamento cerrado aparecía otorgado el 25 de mayo de 1902 y la cubierta el 24 anterior. Hace notar la Sala que no es responsable el notario por cosas en las que no interviene. También Binder opina que cuando la fecha del acta es distinta de la del escrito testamentario, debe valer aquélla a efectos de determinar la capacidad del testador. La S.C.J. en ejecutoria de 22 de enero de 1948 también parece inclinarse, como es de justicia, a dicha solución, cuando expresa que: (las irregularidades relativas a la diligencia de apertura de un testamento cerrado no traen consigo la nulidad de éste, ya que conforme al artículo 1491 del Código Civil, es nulo el testamento cuando es otorgado en contravención a las normas prescritas por la ley, lo que indica que dicha nulidad solo tiene lugar cuando se contravienen las formas prescritas por la ley al otorgarse el testamento." (70)

(69) RAFAEL DE PINA, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Ed. Porrúa.
 (70) ANTONIO DE IBARROLA, Cosas y Sucesiones Ed. Porrúa.

Finalmente, una vez escrito y guardado en un sobre, se deposita con el notario público para que certifique mediante un acta que asienta en un libro de su protocolo, que la persona que se lo dio, dice que ahí se contiene su última voluntad. una vez autorizado el sobre, el notario se lo entrega al testador, quien puede conservarlo o depositarlo en el Archivo Judicial, como se lo faculta el artículo 1537 del Código Civil, por éste motivo es que al iniciarse un juicio sucesorio se gira oficio al director del Archivo Judicial solicitando información sobre si el autor de la sucesión depositó testamento público cerrado en esa institución.

"Una vez que el notario tenga conocimiento de que ha muerto el que otorgó un testamento público cerrado, comunicará este hecho al juez y le remitirá el sobre en que se contenga el testamento. El juez citará al notario y a los testigos que hayan intervenido para que den fe de que el sobre se encuentra en las mismas condiciones en que fue entregado por el testador, que no ha sido alterado o abierto, y también para que reconozcan sus firmas. Si no fuere posible citar a todos los testigos por estar ausentes o por haber muerto alguno de ellos, la audiencia se llevará a cabo con los testigos presentes y con el notario y a falta del notario, el juez deberá recibir información testimonial para que las personas que conozcan las firmas de aquellos que intervinieron como testigos y del notario, declaren si en su concepto esas firmas son auténticas y si las personas mencionadas se encontraban en el lugar y en la fecha a que se refiera la constancia que aparezca en la cubierta del testamento cerrado. Después de cumplir estas formalidades y una vez demostrada la autenticidad del sobre, por que no haya sido abierto o en alguna forma violado, el juez lo abrirá y mandará protocolizar el testamento." (71)

III.2.3.- DEL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO.

Este testamento de relativa nueva creación por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de enero de 1994, previsto en el capítulo III bis es aquel por el que quienes lo otorgan será ante notario público y solo procederá cuando se disponga de bienes inmuebles destinados a la vivienda y en el que intervengan las autoridades del Distrito Federal, independientemente del lugar donde se haya otorgado, pero haciendo mención que el inmueble en su valor no deberá de exceder en 25 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal elevado al año, pagandose los impuestos al momento de la adquisición.

(71) ROJINA VILLEGAS RAFAEL Derecho Civil Mexicano Tomo IV. Ed. Porrúa.

También este testamento prevé la posibilidad de nombrar legatarios pudiendo haber substitutos, como los legatarios reciben a título particular, se deben de garantizar los alimentos y de no ser así, el testador tendrá la obligación de designar a través de que persona se puede reclamar directamente la entrega del bien, a éste tipo de testamento serán aplicables las disposiciones de los artículos 1713 y 1770.

En cuanto al procedimiento, se adicionó el artículo 876-bis en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que establece que una vez fallecido el autor, la escrituración material de la adquisición por los legatarios ya no será conjunta con la de los herederos, sino que se aplicarán las reformas del Código de Procedimientos Civiles, entre otras las del artículo 876. Ahora los legatarios pueden terminar en forma especial la sucesión ante notario público por cuanto a sus legados y el notario que conozca de ello ordenará una publicación a manera de edictos en algún periódico de mayor circulación pues es requisito de procedencia que los legatarios absorban el gasto, sin embargo no deja de exigirse como en cualquier otra sucesión que al radicarse esta, se giren los oficios correspondientes al archivo general de notarias, archivo judicial y secretaria de salud para saber si existe o no otro testamento y de no haberlo, se declarará válido el que se trata; solo en este procedimiento y en éste tipo de testamentos podrán nombrarse legatarios.

Ahora bien, hay autores que mas allá de hacer un análisis al testamento en comento, hacen una crítica y bastante severa pero muy interesante al respecto, es el caso del maestro Gutiérrez y González quien en su libro Derecho Sucesorio inter vivos y mortis causa dejando de lado la crítica al gobierno del sexenio comprendido entre 1988 y 1994, así como de la política económica impuesta por el mismo, pone de manifiesto las incongruencias y aberraciones de este "Monstruito Antijurídico" como el maestro lo llama, siendo una de las mas importantes la que se transcribe a continuación: "Ejemplo: una persona, al momento de adquirir un inmueble que va a destinar a casa habitación, y cuyo valor no excede de 9125 días de salario mínimo, en la escritura de adquisición, hace una disposición testamentaria, y designa UN LEGATARIO de ese inmueble, el cual adquirirá la propiedad del inmueble. ¡y a esto se le llama testamento ordinario simplificado, cuando no es sino una cláusula de sucesión en un contrato de adquisición de un inmueble a título oneroso, y que se podría fundar en el artículo 1839 del código, cuando en su primer párrafo autoriza que: Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes... y ya con esto sale sobrando todo el ARTICULO 1549-BIS, y no se hubiera tenido que adicionar al código!!!"(72)

(72) ERNESTO GUTIERREZ Y GONZALEZ, Derecho Sucesorio Inter Vivos y Mortis Causa. Ed. Porrúa

En este momento, tocara el estudio del Testamento Ológrafo, pero como es el objeto de estudio de la presente tesis, abordaremos el tema en el siguiente capítulo y no en éste como correspondería según el orden del Código Civil, así pues, pasamos al estudio de los testamentos especiales que son aquellos que por su forma de otorgamiento requieren de formalidades especiales y características de cada uno y, que por las circunstancias no se podrían presentar en los testamentos que estudiarnos en el apartado anterior, como lo resume el maestro Gutierrez y Gonzalez al hacerse la pregunta de por que unos testamentos son ordinarios y otros especiales y responde lo siguiente: "Por que los primeros se otorgan por el testador encontrándose en una situación *normal, ordinaria, comun, regular* y en cambio los segundos, los otorga como se verá, cuando se encuentra en una *especial* situación que no le permite con toda calma otorgar su testamento." (73)

III.2.4.- DEL TESTAMENTO PRIVADO.

El artículo 1565, establece los casos en que se puede otorgar testamento privado, así pues, los casos son los siguientes:

I. Cuando el testador es atacado de una enfermedad tan violenta y grave que no dé tiempo para que concurra notario a hacer el testamento;

II. Cuando no haya notario en la población, o juez que actúe por receptoría;

III. Cuando aunque haya notario o juez en la población, sea imposible, o por lo menos muy difícil, que concurran al otorgamiento del testamento; y

IV. Cuando los militares o asimilados del ejército entren en campaña o se encuentren prisioneros de guerra."

El maestro De Pina conceptualiza a éste testamento de la siguiente manera: "El testamento privado se caracteriza por ser la fórmula legal de las disposiciones de última voluntad reconocida para casos verdaderamente urgentes." (74)

(73) ERNESTO GUTIERREZ Y GONZALEZ Derecho Sucesorio Inter Vivos y Mortis Causa. Ed. Porrúa.

(74) RAFAEL DE PINA, Elementos de Derecho Civil Mexicano. Ed. Porrúa.

Por su parte, el maestro Baqueiro, manifiesta que: "Testamento privado es el que se otorga cuando, por enfermedad grave inesperada y falta de notario público, el testador no puede realizar testamento ológrafo." (75) así también es dable transcribir el concepto que a éste testamento da el maestro Rojina Villegas: "El testamento privado puede ser escrito u oral, en ambos casos es válido; pero para que se acepte la manifestación verbal se requiere que haya una imposibilidad absoluta de que el testador o los testigos redacten por escrito las cláusulas del testamento." (76)

De los conceptos transcritos anteriormente, podemos establecer como características comunes las siguientes: a). debe ser otorgado por persona en peligro inminente de muerte (art. 1571) puesto que si pasado el peligro o enfermedad en que se encontraba el testador o un mes desde la fecha en que se otorgó el testamento, éste ya no surtirá sus efectos, b). puede ser otorgado inclusive de forma oral en caso de extrema urgencia (art. 1568) y, c). que no haya notario público o juez en el lugar, o que habiendolo no pueda acudir al otorgamiento (art. 1565 fracciones II y III).

En cuanto a los testigos que necesariamente deben concurrir, el Código establece que deben ser cinco (art. 1567) o en caso de extrema urgencia bastará con que sean tres testigos (art. 1569), y ¿como podemos establecer cuando es un caso de extrema urgencia? Al respecto el Código no tiene disposición alguna, por lo que válidamente puede otorgarse éste testamento sin ser caso urgente con solo tres testigos. por otra parte, en el caso de que el testamento privado sea otorgado de forma verbal, queda el estado de incertidumbre, sobre todo si se crean derechos reales, pues sería difícil determinar las circunstancias, características relación y alcance de dichos derechos.

Por otra parte, el artículo 1574 establece que los testigos deben declarar circunstanciadamente el lugar, hora, día, mes y año en que el testamento fue otorgado, así como si reconocieron, vieron y oyeron claramente al testador, el tenor de la disposición, si el testador era capaz, el motivo por el que se otorgó ese tipo de testamento y si saben que el testador haya fallecido por la enfermedad o peligro en el que se encontraba, y además en el artículo 1570 se establece que se deberán observar las disposiciones de los artículos 1512 al 1519, pero el artículo 1518 establece que si el testador no hablare el idioma español, escribirá su testamento en su propio idioma por un intérprete designado por el mismo y que concorra al acto del otorgamiento; esta serie de requisitos hace que no sea posible el otorgamiento pues ¿que pasaría si no hubiera un intérprete en ese lugar?, o que los testigos no hablaran el idioma del testador, en ese caso no se puede cumplir con las disposiciones del artículo 1574.

(75) BAQUEIRO ROJAS EDGAR Derecho de Familia y Sucesiones Ed. Harla
(76) ROJINA VILLEGAS RAFAEL Derecho Civil Mexicano Tomo IV Ed. Porrua

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En el caso de que se llenen los requisitos establecidos, el juez declarará como formal testamento el dicho de los testigos como lo establece el artículo 1575, y si por causa de muerte o por ausencia no puede comparecer alguno de los testigos, se podrá hacer la declaración con los restantes siempre que no fueren menos de tres (arts. 1576 y 1577).

En cuanto a los casos en que puede ser otorgado este testamento, el artículo 1565 en su fracción IV establece un caso que es similar o a nuestro punto de vista es el mismo caso del testamento militar con la única diferencia del número de testigos necesario en cada tipo, pero ese estudio lo dejaremos para el punto siguiente.

III.2.5.- DE LOS TESTAMENTOS MILITAR, MARITIMO Y HECHO EN PAIS EXTRANJERO.

El testamento militar es aquel que solo pueden otorgar los militares o "asimilados" del ejército en servicio activo en el momento de entrar en acción de guerra o al estar herido sobre el campo de batalla (art. 1579), como en el caso del testamento privado, se puede otorgar en forma verbal o escrita con la diferencia de que éste testamento solo requiere la presencia de dos testigos (y no tres como mínimo para el testamento privado), a los cuales se les manifestará la voluntad del testador o se les entregará el pliego cerrado de su manifestación firmado de puño y letra, aplicándose también a los prisioneros de guerra (art. 1580).

Luego de haberse recibido el pliego cerrado, los testigos lo entregarán al jefe de su corporación quien lo hará llegar al Secretario de la Defensa Nacional para que lo entregue a las autoridades judiciales correspondientes (art. 1581). En el caso de que el testamento haya sido otorgado en forma oral, se hará saber desde luego al jefe de la corporación quien dará parte al Secretario de la Defensa Nacional y éste a la autoridad competente (art. 1582), en éste caso, se deberá observar lo dispuesto por los artículos 1571 al 1578 pertenecientes al testamento privado. Al respecto, el maestro Gutierrez y Gonzalez, manifiesta que: "Este testamento reporta serios peligros, pues queda en el caso de que sea oral, confiado a la memoria de los dos testigos, los cuales no es muy probable que estando en medio de una batalla, con el miedo natural de caer ellos también heridos o muertos, puedan poner mucha atención a lo que les dice el moribundo." (7)

De lo anterior, podemos establecer que el testamento militar se diferencia del testamento privado por dos características: a). el testamento militar es un privilegio exclusivo de los militares en servicio activo que estén por entrar en acción de guerra o heridos en el campo de batalla o prisioneros, por lo que si no se dan éstas circunstancias no será válido ya que estarían en facultad de otorgar otro tipo de testamento y, b). en éste tipo de testamento solo es necesaria la presencia de dos testigos. En este orden de ideas, transcribimos el comentario que al respecto hace el maestro De Pina en el sentido de que: "El testamento militar en México es, sin duda, un testamento que podría refundirse, sin inconveniente alguno, con el privado, para lo que bastaría una pequeña reforma de la fracción IV del artículo 1565 del Código Civil y la de su artículo 1567, consistente en la disminución del número de testigos que ahora se exigen para el testamento privado, si se estimase que fuera necesaria." (78)

Por lo que respecta a las demás características, éstas son compartidas por ambos testamentos, por lo que es de considerarse que no era necesario establecer la fracción IV del artículo 1565 del testamento privado, ya que ésta es una figura diferente regulada por el testamento militar.

Aun así, este testamento es una forma excepcional por los privilegios que reporta, el maestro De Ibarrola menciona las características fundamentales que a continuación transcribimos:

"a). No basta ser militar para otorgar esa clase de testamentos. Se necesita que se hagan en el momento de entrar en acción de guerra o estando herido sobre el campo de batalla. Tampoco es necesario ser militar para gozar del privilegio..., basta tan solo ser asimilado a dichos cuerpos, como sucede en el caso de los rehenes, los corresponsales de prensa, los fotógrafos de los noticieros, etc." (79)

"b). Se necesita que exista el estado de guerra. No es necesario a nuestro modo de ver que se haya hecho declaración formal de este estado por el Ejecutivo. De hecho, el estado material de guerra autoriza para conceder los privilegios a que se contrae este capítulo del código." (79)

"c). Se necesita que el militar se encuentre en campaña, aun cuando lo esté dentro de un país extranjero." (79)

(78) RAFAEL DE PINA. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Ed. Porrúa.

(79) ANTONIO DE IBARROLA. Cosas y Sucesiones. Ed. Porrúa.

Ahora pasamos al estudio del Testamento Marítimo, así el artículo 1583 del Código Civil establece que: "Los que se encuentren en alta mar, a bordo de navíos de la Marina Nacional, sea de guerra o mercante, pueden testar sujetándose a las prescripciones siguientes." Este testamento es considerado especial por razón del lugar en que se encuentra el testador (alta mar a bordo de navíos de la marina nacional), por ésta razón es que lo regulan disposiciones de aplicación federal.

Pero para los efectos de la aplicación de éste tipo de testamento ¿que podemos considerar alta mar? el maestro Azúa Reyes nos da la solución al respecto: "La conferencia de Ginebra sobre Derecho del mar, convocada por las Naciones Unidas y que se llevó a cabo en Ginebra entre el 24 y el 27 de abril de 1958, en su convenio sobre alta mar (aprobado el 27 de abril del mencionado año), define a la misma como "la parte no perteneciente al mar territorial ni a las aguas interiores de un Estado." El Diccionario de la real academia española entiende por alta mar a la parte del mar que está a bastante distancia de la costa. Dada la *ratio legis* que inspiró las disposiciones sobre éste testamento especial, no debemos tomar la expresión "alta mar" en su sentido técnico, propio del derecho internacional, sino en su sentido vulgar; entenderemos así que un navío se encuentra en "alta mar", para los efectos del otorgamiento de un testamento marítimo, cuando se halla en situación de inabordabilidad inmediata; ello puede suceder por estar a relativa distancia de la costa o de un puerto, de manera que no se puede acceder a la embarcación o desembarcar de ella con la celeridad requerida por las circunstancias." (80)

En ése orden de ideas, será otorgado sujetándose a las siguientes disposiciones:

a). Será por escrito y en presencia de por lo menos dos testigos y el capitán del navío quien hará las veces de fedatario público al igual que en otros casos o actos como matrimonios, nacimientos etc. firmando todos los que intervengan una vez que se haya leído en voz alta. (art. 1584).

b). Si se trata del capitán quien otorgue su testamento, hará las funciones de fedatario el subalterno llenándose las mismas formalidades. (art. 1585).

(80) DR. AZUAREYES SERGIO T. Código Civil comentado tomo III, de las sucesiones. Ed. Porrúa.

c). Deberá otorgarse por duplicado atendiendo a su forma guardándose un ejemplar en la caja de seguridad de la propia embarcación haciéndose referencia en el libro de diario que en todas las embarcaciones existe. (art. 1586).

d). Al arribar el buque a tierra se hará saber ésta circunstancia al funcionario diplomático como cónsul o vicecónsul mexicano entregándosele una copia del testamento en sobre cerrado, el cual contendrá en la cubierta el nombre del otorgante debidamente sellado y fechado, y en el caso de que el desembarco sea en puerto mexicano, se entregará a la primera autoridad marítima del lugar. (arts. 1587 y 1588).

e). En caso de que el testador haya desembarcado en un lugar donde no haya agente diplomático o consular y no se sepa si ha muerto ni la fecha de fallecimiento, se deberá proceder conforme al título XI del libro Primero del Código Civil (de los ausentes e ignorados) (art. 1592).

En cualquiera de los casos, para la protocolización del testamento, los agentes diplomáticos o consulares o las autoridades marítimas al momento de recibir el testamento levantarán un acta de entrega la remitirán junto con el o los ejemplares a la Secretaría de Relaciones Exteriores a efecto de que ésta a su vez la envíe al Gobierno del Distrito Federal para que publique en la gaceta oficial los edictos correspondientes notificando de la muerte del testador. (art. 1590). Este testamento solo producirá efectos si el otorgante muere en alta mar o dentro del lapso de un mes contado a partir del desembarco en algun lugar en el que conforme a las leyes mexicanas o extranjeras haya podido ratificar u otorgar de nuevo su última disposición. (art. 1591).

"El testamento marítimo se caracteriza, por consiguiente, como testamento especial en forma escrita, en tanto que el privado y el militar son los únicos testamentos especiales que pueden revestir la forma escrita u oral" (81)

Por último, es necesario presentar el punto de vista del maestro De Pina en relación a la navegación aérea puesto que como El mismo lo establece, dicha forma de navegación ha alcanzado ya un gran auge dentro de los medios de transporte. Así pues, el maestro establece lo siguiente:

(81) ROJINA VILLEGAS RAFAEL Derecho Civil Mexicano Tomo IV. Ed. Porrúa.

"Es indudable, dado el desarrollo que han adquirido los medios aéreos de transporte de viajeros, que la llamada "navegación aérea" presenta a este respecto problemas análogos a los de la navegación marítima, que el legislador debe resolver." (82)

"Problema relacionado con el testamento marítimo —se ha escrito tratando de este tema— es el del aeronáutico, pues si bien es cierto que la menor duración de los cruceros y viajes aéreos suscitará menos ocasiones que las travesías navales para el otorgamiento de testamentos, la plena asimilación a todos los efectos legales entre la navegación marítima y la aérea parece requerir la aplicación extensiva de la ley hasta comprender los supuestos de esta última, sugiriéndose como solución la de aplicar en la navegación aérea las reglas de la marítima relacionadas con el otorgamiento de disposiciones de última voluntad, considerándose ineficaz el testamento si el otorgante no fallece abordo." (83)

Como podemos observar, existen las razones y fundamentos suficientes para desarrollar una legislación que comprenda los casos en los cuales por circunstancias especiales sea necesario otorgar un testamento de esa naturaleza.

Por último, estudiaremos el testamento hecho en país extranjero que como los anteriores, también es de carácter especial por razón de lugar. El artículo 1593 preceptúa que: "Los testamentos hechos en país extranjero producirán efecto en el Distrito Federal cuando hayan sido formulados de acuerdo con las leyes del país en que se otorgaron."

Para el otorgamiento de éste tipo de testamentos, es necesario que haya reciprocidad internacional según los tratados celebrados con el país de que se trate, los secretarios de legación, los cónsules y los vicecónsules mexicanos harán las veces de fedatarios para efectos del otorgamiento, después del cual remitirán copia autorizada de los testamentos que ante ellos se hubieran otorgado al Secretario de Relaciones Exteriores (art. 1590), si el testamento es ológrafo, el funcionario que intervenga en su depósito lo remitirá también por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores, en el término de 10 días al Archivo General de Notarías. (arts. 1595 y 1596), además deberá llevar el sello de la delegación o consulado respectivo. (art. 1598), en éste caso, el funcionario diplomático o consular que da fe del otorgamiento de cualquier testamento, debe sellar cada hoja del papel que lo contiene, si es abierto o la cubierta del sobre que lo encierra si es cerrado con el fin de asegurar la autenticidad del testamento.

(82) RAFAEL DE PINA Elementos de Derecho Civil Mexicano. Ed. Porrúa.

En evidente crítica a éste tipo de testamento, el maestro Azúa Reyes menciona que: "Aunque el testamento hecho en país extranjero está incluido entre los testamentos especiales (art. 1501), en realidad no lo es, por una doble razón: no se trata de un testamento otorgado en caso de urgencia (inminencia de muerte, catástrofe, peste, etc.), y no queda sin efecto, como los otros testamentos especiales, en un plazo corto que se cuenta apartir del momento en que cesó el plazo especial que lo justificaba. En este tipo de testamento, el testador puede concurrir ante notario o cualquier funcionario que pueda válidamente autorizar el acto jurídico, o ante los secretarios de legación, cónsules o vicecónsules mexicanos; quienes autorizarán un testamento ordinario, a elección del testador. Este precepto consagra el principio de la territorialidad en materia testamentaria (*locus regit actum*), ya que el acto será válido si se ajusta a las leyes del país en que se otorga." (83)

La anterior observación se encuentra respaldada por el punto de vista del maestro Baqueiro, quien establece en relación a este testamento que: "En realidad, no se trata de un testamento especial, ya que puede ser cualquiera de los autorizados, tanto por la ley mexicana como por la ley del lugar en que se otorgue. Es, pues, un testamento ordinario. Solamente se exige que cuando se otorgue, a fin de que produzca efectos en México, se ajuste a las leyes mexicanas en lo que concierne al fondo, aun cuando en lo que toca a la forma se rija por la del lugar en que se otorgue." (84)

Como último punto, podemos establecer que el testamento hecho en país extranjero puede válidamente sujetarse a las leyes del lugar de su otorgamiento en virtud de lo que el maestro Rojina Villegas denomina "(*locus regit actum*) reconocido por el artículo 13 fracción IV del código conforme al cual los actos jurídicos en cuanto a su formalidad se sujetarán a la ley del lugar en donde se otorguen. Este mismo artículo admite la posibilidad de que si el acto va a tener ejecución en el Distrito Federal, quedará su autor en libertad de sujetarse a las formalidades prescritas por nuestro Código Civil." (85), podría pensarse que en este caso hay un conflicto de leyes en el espacio, pues ¿como es posible que estando en un país extranjero se otorgue un testamento conforme a las leyes mexicanas?, y la respuesta es muy simple pues, al llevar acabo este acto con el cónsul o diplomático mexicanos, se deberá acudir a un consulado o embajada mexicanos y, por el principio de extraterritorialidad a esos lugares se les considera como parte del territorio mexicano y por lo mismo regidos por la Constitución y demas leyes mexicanas.

(83) DR. AZUA REYES SERGIO T. Código Civil comentado tomo III, de las sucesiones. Ed. Porrúa.

(84) BAQUEIRO ROJAS EDUAR. Derecho de Familia y Sucesiones. Ed. Harla.

(85) ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Derecho Civil Mexicano Tomo IV. Ed. Porrúa.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO IV. "DEL TESTAMENTO OLOGRAFO".

Ahora, toca el estudio del testamento ológrafo, éste testamento podemos definirlo como aquél que es escrito de puño y letra del otorgante sin intervención de nadie mas puesto que como veremos mas adelante, esta circunstancia provocaría la nulidad del mismo. Este tipo de testamento, es la forma mas sencilla y económica de disponer de los bienes para después de la muerte, en la exposición de motivos del Código Civil vigente, se hace alusión al mismo de la siguiente forma:

"Como novedad en el proyecto de Código se adoptó el testamento ológrafo, es decir, es testamento escrito todo él de puño y letra del testador, sin intervención de notario, ni de ningún otro funcionario, y sin que el testador esté obligado a observar la enorme cantidad de ritualidades con que la ley rodea a los testamentos, bastando que exprese de una manera clara y terminante su voluntad respecto al destino que quiera dar a sus bienes para después de su muerte."

como podemos observar, el sentido de creación del testamento ológrafo, fue el de poner al alcance de todos una forma de poder disponer de sus bienes para después de su muerte de una manera sencilla y económica, pues con las formalidades impuestas a éste testamento no ocasiona gastos tan onerosos al testador como lo sería el acudir con un notario a otorgar su disposición testamentaria, en el siguiente párrafo de la exposición de motivos, se hace incipiente en una gran preocupación del legislador por los "graves inconvenientes" que este tipo de testamento representa a la seguridad jurídica tanto del otorgante como de sus herederos:

"Para evitar los dos graves inconvenientes que presenta el testamento ológrafo y que son: la facilidad con que puede falsificarse y lo frecuente que es su destrucción, se dispuso que se hiciera por duplicado y que uno de los originales se depositara en el Registro Público, con la nota puesta por el testador y autorizada por el encargado de la oficina de que el respectivo pliego cerrado contiene el testamento. El otro original debe guardarlo el testador, y también en la cubierta que lo contiene se pondrá la nota utilizada por el registrador de que recibió uno de los originales, del cual es reproducción exacta el que contiene el pliego de que se trata."

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Es así como el legislador establece una serie de requisitos para efectos de evitar la alteración de las disposiciones del testador, de los cuales hablaremos mas adelante, es necesario hacer notar que el espíritu de la creación de éste testamento ademas de reducir el costo, es el simplificar los trámites que ésto representa, es por eso que el legislador lo expresa en la exposición de motivos del Código: "Además, se buscó la mayor simplificación y rapidez de los juicios sucesorios, para evitar que su retardo indefinido produzca el estancamiento de los bienes de la herencia, apartándolos de hecho de la libre circulación de la riqueza."

Debido a lo anterior, es necesario hacer un estudio del testamento ológrafo para determinar si es contraria o nó la prueba pericial al espíritu del mismo, en virtud de que dicha prueba tiene un costo económicamente alto, ademas de retrasar el juicio sin necesidad, y que a consideración mia, se puede prescindir de ella sin riesgo de afectar la certeza jurídica que ésta figura tiene en virtud del requisito de depósito, por parte del testador en persona, del pliego cerrado en el Archivo General de Notarías, además de que la prueba pericial no es confiable en un cien por ciento, ya que en la práctica es necesario reconocer que el perito rinde su dictamen favorable al mejor postor y nó en el sentido técnico del estudio grafoscópico y/o caligráfico.

IV.1.- FORMA DE OTORGAMIENTO.

Como ya se mencionó, todo testamento es un acto jurídico que requiere para su validez el cumplimiento de las formalidades que establece la ley, el maestro Araujo Valdivia menciona que: "El testamento que carezca de alguna de las formalidades que establece la ley quedará sin efecto, lo cual quiere decir que se trata de formalidades necesarias para la validez del acto jurídico de que se trata y que la nulidad que la sanciona es absoluta, pues una vez muerto el autor ya no sería posible corregir las deficiencias en que hubiere incurrido." (66)

El artículo 1550 del Código Civil en su primer párrafo establece que: "Se llama testamento ológrafo al escrito de puño y letra del testador." A lo cual podríamos llamarle la definición del testamento ológrafo, sin embargo ésta definición es incompleta, ya que no comprende las demas formalidades necesarias para la validez del mismo, al respecto el maestro Azúa Reyes menciona lo siguiente:

(66) ARAUJO VALDIVIA LUIS Derecho de las cosas y Derecho de las sucesiones Ed. Cajca

"Si bien el artículo que se comenta enuncia la definición del testamento ológrafo conforme a su raíz griega, al postular que es aquel escrito de puño y letra del testador, no denota suficientemente desde el punto de vista jurídico el concepto técnico de esa especie de testamento y por lo tanto no ofrece una noción clara y precisa de esa forma en que una persona puede disponer legalmente de sus bienes para después de su muerte." (87)

En efecto, no basta con que haya sido escrito por el testador sino que también debe cubrir determinados requisitos. "Aparte de la firma del autor, el testamento ológrafo según lo disponen los arts. 1553 y siguientes, debe llenar varias formalidades, que cuando no se acatan producen la nulidad del testamento, por lo que en su conjunto constituyen una verdadera solemnidad del acto." (87)

En su segundo párrafo establece que: "Los testamentos ológrafos no producirán efecto si no están depositados en el Archivo General de Notarías en la forma dispuesta por los artículos 1553 y 1554." En el artículo 1551 al 1556, se establece la forma en que se debe otorgar dicho testamento, empezando con una excepción a la regla general, que es la edad para su otorgamiento, pues en el artículo 1306 fracción primera, se establece que no pueden heredar los menores de 16 años, con lo cual éste testamento establece una excepción a la regla general, y es de considerarse acertada, en virtud de que no hay una forma de verificar que no haya coacción en el momento en que éste es otorgado, por lo que es razonable la medida ya que los mayores de edad son concientes de sus actos y son menos susceptibles de coacción o manipulación por parte de terceros.

Por lo anterior, podemos establecer que el testamento ológrafo, es el manuscrito íntegramente, que firmado por el autor de la herencia, consta en un documento privado que el testador deposita en el Archivo General de Notarías en un sobre cerrado y firmado, en el cual se encuentran contenidos los medios de disponer de sus bienes para después de su muerte.

El artículo 1551, establece 3 requisitos indispensables para la validez del testamento, que son, como ya se dijo la edad mínima para otorgarlo es de 18 años, además de estar totalmente escrito y firmado por el testador, lo cual lo hace inaccesible para las personas invidentes y las que no saben escribir, y se debe expresar el día, mes y año en que sea otorgado, éste requisito se justifica en razón de que como el testamento es considerado un documento revocatorio, la imprecisión o falsedad en la fecha hace imposible conocer con exactitud los casos

(87) DR. AZUA REYES SERGIO T. Código Civil comentado tomo III, de las sucesiones. Ed. Porrúa

de revocación de un testamento, o la impugnación del mismo por incapacidad del testador, caso en el cual la fecha es imprescindible para determinar si en el momento del otorgamiento el testador efectivamente era capaz, por lo anterior, al ser un requisito formal del acto, el testamento adolecerá de nulidad si la fecha del mismo no se expresa claramente o es imprecisa o falsa.

Ahora bien, el Código faculta a los extranjeros a otorgar éste testamento en su idioma, puesto que en su segundo párrafo, el artículo 1551 establece que: "Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma." Lo cual es verdaderamente cómodo para ellos, pero, si por alguna circunstancia un mexicano quisiera otorgar su testamento ológrafo en idioma extranjero ¿podrá hacerlo?, de la simple lectura del artículo en comento se puede deducir que no hay impedimento, y por su parte el maestro Azúa Reyes coincide en que no debe haber impedimento alguno, ya que establece: "Si un testamento ológrafo puede estar válidamente redactado en idioma extranjero se concluye que no es necesario que se emplee el idioma castellano para la validez del mismo." (88)

En el caso de que el testamento ológrafo contuviere tachaduras, enmendaduras, o palabras entre renglones, el testador las salvará bajo su firma, y si se omitiera hacerlo, solo se afectará la validez de las palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, dejando intacto el resto del testamento, la razón de ésta circunstancia establecida en el artículo 1552, obedece a que en caso de error, no sea necesario redactar de nueva cuenta el testamento, sino solo salvar los errores que se hubieren cometido, también para el caso en que dichas tachaduras, enmendaduras o palabras entre renglones, sean puestas por otra persona, ya que no forma parte del testamento lo que aparezca escrito por otro.

El artículo 1553, establece otros requisitos necesarios para el otorgamiento de éste testamento como son: a). que el testamento conste por duplicado, b). poner la huella digital en cada ejemplar, c). depósito en sobre cerrado y lacrado en el Archivo General de Notarías, y d). el duplicado también cerrado y lacrado será devuelto con la nota a que se refiere el artículo 1555. En el caso del requisito marcado con el inciso a), es necesario aclarar que el código al hablar de duplicado no se refiere a original y copia fotostática, puesto que ambos deben ser escritos de puño y letra del testador, por lo que ambos testamentos se consideran como originales, en cuanto al requisito marcado con el inciso b), es indispensable que sea impresa la huella digital en cada uno de los escritos, ya que como se verá más adelante, en caso de pérdida del "original", el "duplicado" se tendrá como formal testamento, por lo que también deberá cumplir con los requisitos del original.

En el caso del requisito c), es donde se diferencian el duplicado del original, ya que el original en sobre cerrado y lacrado, será depositado en el Archivo General de Notarías, mientras que el duplicado también cerrado y lacrado será devuelto al testador con una nota a manera de acuse de recibo por parte del encargado del Archivo siendo el requisito del inciso d).

Al respecto, el maestro Azúa Reyes manifiesta lo siguiente: "El precepto contiene una medida de prudente cautela al exigir que debe redactarse por duplicado el testamento ológrafo y que además el testador debe imprimir en cada uno de los ejemplares su huella digital, para evitar en lo posible la falsificación o alteración de la declaración de voluntad en el contenida." (89)

Como se puede observar, ambos ejemplares tienen la misma validez y fuerza probatoria, ya que ambos son documentos originales y, aun cuando según el Código el pliego original sea el depositado en el Archivo General de Notarías, como veremos más adelante, el duplicado puede ser considerado formal testamento en caso de pérdida o destrucción del original.

Por último, el artículo en comento preceptúa que el testador podrá poner en los sobres que contengan tanto el testamento original como el duplicado, las marcas, señales o sellos que considere convenientes para evitar su alteración o falsificación.

En cuanto al depósito en el Archivo General de Notarías, el Código en su artículo 1554, establece lo siguiente:

"El depósito en el Archivo General de Notarías se hará personalmente por el testador quien, si no es conocido del encargado de la oficina, debe presentar dos testigos que lo identifiquen. En el sobre que contenga el testamento original, el testador de su puño y letra pondrá la siguiente nota: "dentro de este sobre se contiene mi testamento". A continuación se expresará el lugar y la fecha en que se hace el depósito. La nota será firmada por el testador y por el encargado de la oficina. En caso de que intervengan testigos de identificación, también firmarán."

A éste respecto, podemos establecer los siguientes puntos:

(89) DR. AZÚA REYES SERGIO T. Código Civil comentado tomo III, de las sucesiones. Ed. Porrúa.

a). en primer lugar, es de hacer notar que éstas disposiciones creadas por el legislador de 1928 tienden a dar una mayor seguridad al otorgante respecto de la autenticidad del testamento, a falta de la intervención de un fedatario público el testamento deberá ser depositado unica y exclusivamente por el testador, y no por interpósita persona, así como tambien deberán concurrir dos testigos a efecto de identificar al otorgante en el momento del depósito.

b). Así tambien, al escribir el testador de su puño y letra la nota a que se refiere éste artículo, hay una prueba mas de la autenticidad del mismo, claro que solo se podrá hacer valer ante el Juez que conosca de la sucesión, en cuanto a la expresión de la fecha del depósito, consideramos que es para el caso de acreditar la revocación del testamento y más importante aun, es para determinar en dado caso, si el otorgante era capaz al momento del depósito, ya que en caso contrario, el acto sería afectado de nulidad.

c). Por último, la firma del encargado y de los testigos, consideramos que son para los efectos de dar seguridad del depósito en caso de la primera, ya que el encargado debe firmar el duplicado tambien y, para efectos de identificación la segunda, por parte de los testigos de que conocen al testador.

El maestro Azúa Reyes, opina por su parte lo siguiente: "Sin embargo, estas acertadas disposiciones legales, que permiten asegurar en lo posible la autenticidad del contenido del testamento, no alcanzan a proteger al testador de influencias o de coacciones que terceros pudieran ejercer sobre él en el momento de redactar el documento que contiene su declaración testamentaria."⁽⁹⁰⁾

Y, más adelante evidencia la solución al problema: "Quizá este inconveniente se evite por que el testador tiene la facultad de revocar en cualquier momento el testamento que hubiere otorgado en tales circunstancias y por que además puede retirar cuando lo desee, del archivo general de notarias el testamento que ha depositado."⁽⁹¹⁾

En opinión personal, es acertado el análisis del maestro, ya que no es necesaria la presencia de un fedatario para que un testamento sea otorgado sin vicios del consentimiento, y a *contrario sensu*, es factible que aún con la intervención de un fedatario, se vicie el contenido de un testamento, lo que quiere decir que ninguna disposición testamentaria esta excenta de ser viciada, ya que aún cuando sea otorgada ante notario público puede ser objeto de coacción, error, y por consiguiente dolo o mala fe.

⁽⁹⁰⁾ Op. Cit.

También relativo al depósito, el artículo 1555, establece que el sobre en que se encuentra el duplicado del testamento sea rubricado por el encargado del registro y se pondrá la constancia que a continuación se transcribe: "Recibí el pliego cerrado que el señor afirma contiene original su testamento ológrafo, del cual, según afirmación del mismo señor, existe dentro de este sobre un duplicado." Así como el lugar y la fecha en que se extiende dicha constancia y las firmas del testador y los testigos.

Esta última etapa del depósito constituye en sí la solemnidad del otorgamiento, y tiene el fin de constituir el recibo de depósito del sobre que contiene el testamento y además, sirve para identificar el testimonio auténtico de éste, en caso de destrucción o pérdida del original depositado.

En relación al artículo 1554, el Código prevee la posibilidad de que el testador esté imposibilitado para llevar a depositar su pliego, como el artículo antes citado prohíbe el depósito por interpósita persona, el artículo 1556, preceptua que:

"Cuando el testador estuviere imposibilitado para hacer personalmente la entrega de su testamento en la oficina del Archivo General de Notarías, el encargado de ella deberá concurrir al lugar donde aquel se encontrare, para cumplir las formalidades del depósito."

El maestro Azúa Reyes, opina con respecto a lo anterior que: "En el testamento ológrafo, la naturaleza personalísima del acto aparece marcadamente en dos momentos en los cuales el legislador exige rigurosamente la intervención personal, directa y activa del testador, a saber: en cuanto el documento en el que el testador hace constar sus disposiciones testamentarias debe ser redactado necesariamente de puño y letra del autor, quedando excluida toda posibilidad de que fuera dictado a otra persona y el empleo de medios mecánicos, fonéticos o electromagnéticos, y en segundo lugar, tal carácter específico del testamento ológrafo se pone de relieve en la disposición contenida en el precepto en comentario, conforme al cual, la imposibilidad del testador para comparecer ante el director del Archivo General de Notarías al efectuar el depósito, impone a éste funcionario el deber de trasladarse al lugar donde se encuentra el testador, para recibir directamente de él los sobres cerrados que contienen el original y el duplicado del testamento, y hacer en el mismo acto, las anotaciones a que se refiere el artículo 1555 y devolver el sobre que contiene el duplicado del testamento." (91)

(91) Op. Cit.

Como se mencionó con anterioridad, la característica que diferencia a éste testamento de los demás, es la naturaleza personalísima del mismo, por temor (como se puede apreciar en la exposición de motivos) por parte del legislador a la falsificación del testamento en comentario, por lo que su otorgamiento es especial y lleno de actos solemnes que en conjunto dan una mayor certeza jurídica de que se respete la voluntad del otorgante. Por lo mismo, es de hacerse notar que las características propias del otorgamiento de éste tipo de testamento hacen innecesaria la prueba pericial (como se verá mas adelante), que en la mayoría de los casos solo entorpecería el procedimiento y retrasaría la adjudicación violando los principios bajo los cuales ésta figura fue concebida por el legislador de 1928.

El artículo 1558, establece las bases sobre las cuales el testamento puede ser revocado y previene tácitamente el caso en que éste sea otorgado adoleciendo de vicios del consentimiento y por lo tanto de nulidad así las cosas, el artículo establece lo siguiente:

"En cualquier tiempo el testador tendrá derecho de retirar del Archivo General de Notarías, personalmente o por medio de mandatario con poder especial otorgado en escritura pública, el testamento depositado, en cuyo caso se hará constar el retiro en un acta que firmarán el interesado o su mandatario, y el encargado de la oficina."

Como se puede observar, a diferencia del depósito, en el retiro del pliego testamentario no es necesaria la presencia del interesado, ya que puede hacerlo un mandatario pero, solo con poder especial ya que aun teniendo un poder amplísimo, si en el cuerpo del mismo no consta cláusula que lo faculte expresamente para efectuar el retiro del testamento, el mandatario no podrá efectuar dicho retiro. Los efectos que produce el retiro segun el maestro Azúa Reyes son "de privar de consecuencias testamentarias al documento que consta en el sobre original y tambien en el duplicado, es decir, el retiro produce la inexistencia del testamento ológrafo." (2)

En relación al comentario del maestro Azúa Reyes, consideramos errónea su conclusión, ya que, si bien es cierto que los efectos últimos del retiro del pliego son que el testamento no surta sus efectos a la muerte del otorgante, tambien lo es que existió, puesto que al darse los elementos establecidos en el Código para su otorgamiento, el testamento en sí existió al menos cierto tiempo, caso diferente en que no se hubieran dado dichos elementos

(2) Op. Cit.

y en ese caso efectivamente estaríamos frente a un caso de inexistencia de dicho acto jurídico. Los efectos que en su caso podemos decir que produce el retiro del pliego testamentario son la revocación del testamento y no la inexistencia del mismo como erróneamente opina el maestro Azúa Reyes.

Los artículos siguientes, establecen reglas especiales en cuanto al procedimiento, y en especial las formalidades que el juez debe tomar en cuenta al momento de abrirse a trámite una sucesión con este tipo de testamento. Así pues, el artículo 1559 preceptúa lo siguiente: "El Juez ante quien se promueva un juicio sucesorio pedirá informes al Encargado del Archivo General de Notarías, acerca de si en su oficina se ha depositado algún testamento ológrafo del autor de la sucesión, para que en caso de que así sea, se le remita el testamento."

Este artículo concuerda con el artículo 881 del Código de Procedimientos Civiles, en virtud de que el juez que tenga conocimiento de un juicio sucesorio tramitado ante él, deberá girar oficio al Archivo General de Notarías así como al Registro Público de la Propiedad, la razón de esto es que antes de la reforma de 1979, el Código Civil ordenaba que el testamento ológrafo fuera depositado en el Registro Público, por lo que a la fecha es probable que aún se encuentre algún testamento ológrafo en el mismo.

El artículo 1560 establece que "El que guarde en su poder el duplicado de un testamento o cualquiera que tenga noticia de que el autor de una sucesión ha depositado algún testamento ológrafo, lo comunicará al juez competente, quien pedirá al encargado del Archivo General de Notarías en que se encuentra el testamento, que se lo remita." En este artículo, se quiso prever el caso en que el testador haya entregado en guarda el sobre que contiene el duplicado y por lo tanto, a la muerte de éste el depositario deberá notificarlo al juez competente para que se siga el procedimiento establecido en el artículo 1559.

En opinión personal, consideramos que no tiene razón de ser el artículo en comento, ya que como se desprende del análisis de los artículos 1559 del Código Civil y 881 del Código de Procedimientos Civiles, el juez de lo familiar, al momento de conocer de un juicio sucesorio ya sea testamentario o *ab intestato*, tiene la obligación de solicitar tanto al Archivo General de Notarías como al Registro Público un informe sobre la existencia o no de testamento ológrafo otorgado por el autor de la herencia, en caso de que haya un testamento posterior que revoque al presentado en su caso, por lo que consideramos ocioso y reiterativo el artículo en comento.

IV.2.- DE LOS TESTIGOS Y SU NECESARIA PRESENCIA EN EL OTORGAMIENTO

Como pudimos observar, en los artículos 1554 y 1555 se establece la necesidad de que al depósito del testamento ológrafo, comparezcan con el testador, dos testigos a efecto de identificarlo frente al encargado del Archivo General de Notarías, así también se les impone la obligación de firmar el sobre cerrado en donde se encuentra el testamento, para efecto de dar constancia del depósito. El maestro Araujo Valdivia al respecto manifiesta lo siguiente: "Tanto el testamento escrito como el verbal requieren de formalidades especiales, pues aún en este último la expresión de la voluntad debe hacerse ante determinado número de testigos idoneos que resulten conformes en todas y cada una de las circunstancias relativas al otorgamiento." (93)

Estos actos establecidos por el Código y considerados como elementos esenciales para la existencia de éste acto jurídico, tienen en la actualidad una importancia relevante, en virtud de que por encontrarnos en una de las ciudades más grandes del mundo, es imposible que un funcionario conozca a por lo menos la tercera parte de la población, por lo que la comparecencia de los testigos de identificación para el caso que nos ocupa es indispensable para los efectos señalados con anterioridad.

Ahora bien, en cuanto a los testigos, la ley establece una serie de requisitos para que su dicho sea considerado digno de fe, así las cosas los testigos que presente el otorgante deberán cumplir con las disposiciones sobre personalidad del Código Civil, en cuanto a la capacidad jurídica, podemos establecer que es la facultad que tienen las personas de ser sujetos de derechos y obligaciones, según el artículo 22 del citado Código "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte;" pero la capacidad se divide en dos formas que son: de goce y de ejercicio, la establecida en el artículo antes citado es la de goce, que es la de ser sujetos de derechos, pero la de ejercicio es aquella con la cual podemos contraer obligaciones.

Así pues, el artículo 23 del Código en comento establece lo siguiente: "La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la capacidad de ejercicio que no significan menoscabo a la dignidad de la persona ni a la integridad de la familia; los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes."

(93) ARAUJO VALDIVIA LUIS Derecho de las cosas y Derecho de las sucesiones. Ed. Cajca.

Como podemos observar, son incapaces los menores de 18 años, y los que se encuentren en estado de interdicción declarada. Por lo que con relación a nuestro tema, es de establecerse que los testigos deben ser personas mayores de edad y que no se encuentren en estado de interdicción.

Además de lo mencionado con anterioridad, el artículo 1502 del Código Civil establece quienes no pueden ser testigos del testamento, sobresaliendo la fracción VI que se refiere a los herederos o legatarios, así como a sus descendientes, ascendientes, cónyuge o hermanos, mencionando el maestro Araujo Valdivia la razón de lo anterior: "se les considera interesados y por tanto, susceptibles de infidelidad. Justamente por esto la ley establece que si concurre como testigo alguna de las personas expresadas sólo se anulará la disposición que le beneficie, pero no las demás disposiciones." (94) en el caso que nos ocupa, es a consideración particular inaplicable dicha disposición, pues por la naturaleza de éste testamento, no será conocido el contenido del mismo sino solo por el otorgante, y si una de las personas a las que designo heredero lo acompaña a depositarlo sin saber que ha sido nombrado heredero, sería injusto que las disposiciones a su favor fueran anuladas por el juez que conociera del asunto.

La fracción VII, también llama la atención, ya que establece que no podrán ser testigos los que hayan sido condenados por delito de falsedad mediante sentencia firme. "Los términos generales de ésta disposición autorizan a interpretarla en el sentido de que cualquier persona que haya sido condenada por cualquier delito de falsedad que tenga o no relación con el testamento, es inhábil como testigo de testamento. Tal generalización es indebida aunque sea humano pensar que el falsario en una ocasión pueda volver a serlo en otra desconoce que el efecto de la condena y de la compurgación de la pena es la rehabilitación total de quien ha delinquido y resulta oprobioso que se le siga haciendo víctima de una limitación a su capacidad de reincorporarse normalmente a la sociedad." (94)

Esta serie de requisitos establecidos para llevar a cabo el depósito del testamento ológrafo ante el encargado del Archivo General de Notarías, son en sí una verdadera formalidad, por lo que sería muy difícil (que no imposible) la alteración o falsificación del testamento comentado, si no es en el proceso de elaboración del mismo, cosa que hemos estudiado en apartados anteriores, ahora bien, si esta serie de formalidades son llevadas a cabo en estricto apego a las disposiciones establecidas en el Código Civil, consideramos innecesaria la prueba pericial para los efectos de validar el testamento.

(94) Op. Cit.

IV.3.- DE LA APERTURA DEL TESTAMENTO

El artículo 1561, y posteriores establecen las reglas especiales para la apertura del testamento ológrafo, así pues el artículo en comento establece lo siguiente: "Recibido el testamento, el juez examinará la cubierta que lo contiene para cerciorarse de que no ha sido violada, hará que los testigos de identificación que residieren en el lugar, reconozcan sus firmas y la del testador, y en presencia del Ministerio Público, de los que se hayan presentado como interesados y de los mencionados testigos, abrirá el sobre que contiene el testamento. Si éste llena los requisitos mencionados en el artículo 1551 y queda comprobado que es el mismo que depositó el testador, se declarará formal testamento de éste."

El artículo 1562 prevee el caso en que el testamento haya sido destruido o robado, en éste caso, se tendrá como formal testamento el duplicado que se encuentre en poder de los herederos procediéndose a la apertura del mismo como establece el artículo anterior.

El maestro Azúa Reyes, considera lo siguiente: "Tomando en cuenta que al efectuar el depósito del original, el sobre cerrado que contiene el duplicado del testamento ológrafo, conforme al artículo 1555 contiene la firma de los testigos de identificación cuando intervengan, así como las pruebas de autenticidad requeridas por el artículo 1561, que son las mismas a las que deberá someterse el sobre que contiene el duplicado del testamento, en nuestra opinión solo se requiere el informe del director del Archivo General de Notarías, rendido al juez, en el sentido de que el original depositado del testamento ha desaparecido, para que se proceda desde luego a iniciar las diligencias a que se refiere el precepto anterior y declarár formal el duplicado del testamento que contiene el sobre que el director del archivo general de notarías ha devuelto al testador, afirma el artículo 1555 citado." (95)

En opinión personal, es necesario considerar que no basta el solo informe de que el testamento ológrafo ha desaparecido, sino también un informe de las circunstancias en las cuales pudo suceder el hecho o la razón por la que fue destruido dicho documento, como por ejemplo en caso de incendio o por desastre natural como un sismo o una inundación, ya que el solo informe de desaparición, puede ser presuntivo de una acción fraudulenta o dolosa, entendiéndose por tales la concepción que el maestro Hernandez Gil establece y que a continuación transcribimos:

(95) DR AZUA REYES SERGIO T. Código Civil comentado tomo III, de las sucesiones. Ed Porrua.

"la noción de dolo se identifica con la de engaño, fraude y fingimiento, la de fraude con la acción contraria a la verdad o la rectitud de la que resulta perjuicio para otro; de donde se deduce que ni por razón de las personas que son sujetos pasivos del acto doloso o fraudulento, ni mucho menos por el contenido del mismo, cabe hacer distinciones" (96)

En el artículo 1563, se establecen los casos en que el testamento ológrafo queda sin efecto: "El testamento ológrafo quedará sin efecto cuando el original o el duplicado, en su caso, estuvieren rotos, o el sobre que los cubre resultare abierto, o las firmas que los autoricen aparecieren borradas, raspadas o con enmendaduras, aun cuando el contenido del testamento no sea vicioso. "Es necesario que el sobre se encuentre en perfecto estado para que el testamento sea declarado válido, el maestro Azua Reyes al respecto comenta lo siguiente: "En la conservación intacta del sobre, descansa un primer requisito de validez del testamento; lo cual indica claramente que el legislador ha querido atribuir una importancia decisiva y esencial, a la conservación inalterada del sobre que contiene el pliego en el que el *de cujus* declaró su última voluntad." (97)

Como podemos observar, del estado físico en que se encuentre el sobre dependerá la eficacia del testamento, en la misma medida que el contenido dependerá de que se hayan cumplido las formalidades de los artículos 1551, 1553 y posteriores.

El artículo anterior, es la base para la presente propuesta de reforma, ya que como el mismo texto de la ley establece, "El testamento ológrafo quedará sin efecto cuando... o el sobre que los cubre resultare abierto" por lo que es casi imposible que sea falsificado el texto sin que se dejen huellas físicas de dicha falsificación, éste requisito aunado a los mencionados con anterioridad, son la razón por la que el testamento ológrafo debe quedar exento de la prueba pericial en los casos en que el sobre que lo contiene se encuentre sellado conforme lo dispone la ley.

Por último, el artículo 1564 del Código Civil, establece como medida de seguridad la confidencialidad del testamento por parte del encargado del Archivo de Notarías, pues establece que:

(96) HERNÁNDEZ GIL ANTONIO Derechos Reales y Derechos de las Sucesiones. Ed. Espasa Calpe
 (97) DR. AZUA REYES SERGIOT. Código Civil comentado tomo III, de las sucesiones. Ed. Porrúa

"El encargado del Archivo General de Notarías no proporcionará informes acerca del testamento ológrafo depositado en su oficina, sino al mismo testador, a los jueces competentes que oficialmente se los pidan y a los Notarios cuando ante ellos se tramite la sucesión." Al respecto el maestro Azua Reyes nos comenta que: "En éste artículo se precisa, a través de dicha prohibición, la naturaleza privada del testamento ológrafo, cuya existencia y contenido deben permanecer reservados, hasta el momento en que el director del archivo general de notarías informe de su existencia al juez competente que conozca de la sucesión del testamento y le remita el sobre cerrado." (98)

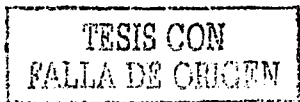
Podemos establecer que la función del Archivo General de Notarías es la custodia y preservación del sobre que contiene el testamento, de ahí que esté prohibido el proporcionar informes sobre la existencia del mismo, a menos que se trate de la apertura de la sucesión. Esta medida de seguridad es mas que acertada puesto que nadie con excepción del testador y las personas de confianza que le hayan servido de testigos saben de la existencia de dicho testamento, por lo que el grado de seguridad es alto y se eleva mas con el contenido de la disposición en comento.

IV.4.- DE LA DECLARACION DE EFICACIA DEL TESTAMENTO

La declaración de eficacia o de formal testamento, como el Código de Procedimientos Civiles determina, es el acto por el cual el juez competente le da validez al testamento ológrafo, para que éste pueda ser declarado formal, es necesario que cumpla con los requisitos mencionados en el tema IV.1 (forma de otorgamiento), así como los mencionados en el apartado anterior.

Así las cosas, el artículo 881 del Código de Procedimientos Civiles, establece que: "El tribunal competente para conocer de una sucesión, que tenga noticia de que el autor de la herencia depositó su testamento ológrafo, como se dispone en el artículo 1553 del Código Civil, dirigirá oficio al encargado del Registro Público en que se hubiere hecho el depósito, a fin de que le remita el pliego cerrado en que el testador declaró que se contiene su última voluntad." Por error de omisión, no se reformó el artículo en comento, por lo que todavía habla de Registro Público en cambio, en el artículo 1559 del Código Civil suple la deficiencia del ordenamiento anterior, con lo cual queda subsanado el procedimiento.

(98) Op. Cit.



El artículo 882 del Código de Procedimientos Civiles, nos remite a la ley sustantiva al establecer que: "Recibido el pliego, procederá el tribunal como se dispone en el artículo 1561 del Código Civil." En éste artículo, se establece el procedimiento para abrir el sobre que contiene el testamento, debiendo ser revisado por el juez en presencia de los interesados, testigos y ministerio público, cerciorándose de que no ha sido abierto y haciendo que los testigos identifiquen su firma, así como la del testador para despues en su caso declararlo formal testamento del *de cujus*.

Como se comentó en el apartado correspondiente, la revisión del sobre cerrado es un requisito mas de validez del testamento, sin el cual como la propia ley estable quedará sin efecto, aún cuando el contenido no sea vicioso. El maestro Araujo Valdivia opina que: "Este precepto, extremadamente riguroso, revela sin embargo el propósito de la ley de garantizar la autenticidad y la permanencia del testamento ológrafo. Sin embargo, los excesivos requisitos que requiere la validez de éste testamento, lo hacen poco útil, lo cual contraría el propósito de simplificar esta forma testamentaria."⁽⁹⁹⁾

Esta opinión, no podría ser mas acertada, ya que como se puede observar de la simple lectura de los artículos del testamento ológrafo, son demasiadas las formalidades requeridas para el otorgamiento de éste, por lo que el agregarle mas formalidades al momento de abrir la sucesión en verdad desvirtúa el principio de simplicidad y economía por el que fue creado, y si bien es cierto que la ley lo que persigue con esa serie de requisitos es la de garantizar la libertad de testar, tambien lo es que entorpece el proceso y lo hace mas oneroso para aquellas personas que no poseen los recursos necesarios para pagar un perito que en la actualidad cobra en promedio \$5,000.00 (CINCO MIL PESOS 00/100 M.N), mientras que un notario puede protocolizar un testamento público abierto en la mitad de ésta cantidad.

IV.4.1.- DE LA NECESIDAD DE QUE LOS TESTIGOS COMPARESCAN A RATIFICAR.

Como se pudo observar en el apartado anterior, es necesario que los testigos que firmaron el sobre cerrado al momento del otorgamiento comparescan a reconocer sus firmas y la del testador al momento de abrirse el juicio sucesorio como lo dispone el artículo 1561 del Código Civil en relación con el artículo 882 del Código de Procedimientos Civiles.

(99) ARAUJO VALDIVIA LUIS Derecho de las cosas y Derecho de las sucesiones, Ed. Cajica

Esta medida o formalidad está encaminada como todas las demas a verificar la autenticidad del testamento ológrafo, y que mejor prueba que el testimonio de las personas que concurrieron al depósito del sobre cerrado al Archivo General de Notarías, ya que son quienes se percataron de los hechos en forma directa y tienen el mejor conocimiento de lo acontecido durante el depósito, como lo es la leyenda y firma estampadas por el testador en el sobre, así como el sello y firma del encargado del depósito en el Archivo, y para mayor seguridad, las firmas de los propios testigos que concurrieron al acto.

Es necesario transcribir la opinión respecto de la función de los testigos que tiene el maestro De Ibarrola: "Se ha discutido si la asistencia de los testigos al otorgamiento del testamento es un requisito *AD PROBATORIEM* o por el contrario, *AD SOLEMNITATEM*. Nos inclinamos a creer lo último. Los testigos son uno de los elementos esenciales, integrantes de la solemnidad. Valverde opina que es un requisito de solemnidad mas que de prueba, un requisito esencial de la forma." (100)

Ahora bien, si los testigos en el otorgamiento solo son de forma y no como una futura prueba, ¿por que el legislador les da tal caracter en el testamento ológrafo? Pues precisamente por el afan de lograr la mayor seguridad jurídica posible en el otorgamiento y validez de dicho testamento, inclusive, el maestro De Ibarrola lo establece, transcribiendo su comentario a continuación: "Aun cuando los testigos del testamento sean meros testigos "de solemnidad", con todo, esto no prueba que sean simples figuras decorativas. Antes bien el significado de la existencia de ésta solemnidad, es crear una garantía de la autenticidad y verdad del negocio aduciendo personas que puedan dar testimonio del proceso del otorgamiento y el contenido de lo declarado durante él. Así los testigos testamentarios no se diferencian de los otros medios de prueba, sino en que su aducción ha sido convertida en un elemento constitutivo esencial del negocio, a fin de que la prueba no pueda faltar regulamente." (100)

Por las razones mencionadas con anterioridad, es por lo que los testigos del otorgamiento deben concurrir a la apertura del testamento, ya que su dicho tiene una importancia esencial para la validez del mismo. Ahora bien, todas estas medidas como ya se dijo son tendientes a cerciorarse de la autenticidad de las disposiciones contenidas en el pliego del sobre, pero ¿no son tambien demasiados trámites tanto para el otorgamiento como para la apertura del testamento?. Al parecer al legislador no le pareció así pero, no se puso a pensar que una persona que no conozca el procedimiento de otorgamiento se confundiría con el sin número de formalidades que hay que cubrir y por ende podría provocar él mismo la ineficacia de su testamento.

IV.4.2.- CASO EN QUE ES IMPOSIBLE LA COMPARECENCIA.

Como se desprende de lo mancionado en el apartado anterior, la presencia de los testigos en el testamento ológrafo, tanto en su otorgamiento como en su apertura y declaración de validez, es necesaria, pero ¿que pasa cuando los testigos no pueden comparecer a la apertura como lo establece el artículo 882 del Código de Procedimientos Civiles en relación con el artículo 1561 del Código Civil?

El próprio Código de Procedimientos Civiles nos da la solución en su artículo 883, el cual establece que: "Si para la debida identificación fuere necesario reconocer la firma, por no existir los testigos de identificación que hubieren intervenido, o por no estimarse bastante sus declaraciones, el tribunal nombrará un perito para que confronte la firma con las indubitadas que existan del testador, y teniendo en cuenta su dictamen hará la declaración que corresponda."

En el caso, los testigos pueden dejar de comparecer por varias razones, como por ejemplo que a la apertura del testamento ya hayan muerto, o por que no sea posible su localización, en éstos casos como el Código establece es necesario nombrar perito para efectos de que sean cotejadas las firmas indubitables que se aporten del *de cujus* con la que se encuentra en el testamento. Relacionando este procedimiento con lo estudiado en el apartado anterior nos hacemos la siguiente pregunta ¿por que es necesario que haya testigos al momento del otorgamiento si de todas maneras se debe nombrar perito para declararlo formal? Esta pregunta se desprende de la simple lectura del artículo en comento pues establece que "...o por no estimarse bastante sus declaraciones, el tribunal nombrará un perito..." consideramos que ésta fracción es inadecuada puesto que para ser testigo de un testamento se necesita cubrir ciertos requisitos ya mencionados en el apartado anterior que tienden a preservar la validez del testimonio.

En opinión personal, es inutil el establecer tantos requisitos para el otorgamiento de éste tipo de testamento si al final un perito va a decidir si es válido el mismo o nó. Se debería de declarar válido el testamento aun cuando los testigos no pudieran comparecer a la apertura como lo establece la ley, ya que su dicho como se desprende del comentario del maestro De Ibarrola no solo sirve como elemento para el otorgamiento del testamento, sino como prueba de la validez del mismo, ademas consideramos que para invalidar un testamento por coacción o engaño, es preciso que se justifique de modo fehaciente que en el acto de su otorgamiento no había capacidad mental ni voluntad libre o que la expresión de ésta no se reflejara exactamente en la disposición testamentaria, lo que no ocurre en el caso pues en cualquier momento el testador pudo haber retirado el testamento del Archivo General de Notarías, ademas que los testigos del depósito

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

serian por lógica personas de la total confianza del testador, por lo cual no cabe la posibilidad de suplantación del pliego cerrado o de coacción por parte de terceros.

Por último, consideramos que la incomparecencia de los testigos a la apertura del testamento por las razones anteriormente señaladas, no afectan en lo mas mínimo la validez del mismo y por lo tanto resulta ocioso el dejar en manos de un perito el dictamen de validez del pliego, además de retrasar el procedimiento de por si recargado de requisitos innecesarios.

IV.5.- DE LA NECESIDAD DE DEPENDER DE LA PRUEBA PERICIAL.

Como pudimos apreciar de la lectura del artículo 883 del Código de Procedimientos Civiles, es necesaria la prueba pericial para declarar válido el testamento ológrafo, y no solamente en el caso de que los testigos no comparezcan a reconocer sus firmas, sino tambien en el caso de que el juez no estime bastantes sus declaraciones, del análisis del artículo en comento se desprende que deja en estado de indefensión a los interesados pues aun compareciendo los testigos el juez tiene la facultad discrecional de desestimar sus declaraciones y así depositar la carga de la prueba en un dictamen técnico que como es bien sabido en nuestro país, se puede manipular de acuerdo a los intereses y posibilidades económicas de los afectados, por lo que es menos confiable de lo que pudiera parecer.

Ahora bien, como es sabido en el ambiente del litigio, los rasgos de escritura de todas las personas cambian con el tiempo, y aun cuando hay rasgos que segun los estudiosos en Grafoscopia no lo hacen, el margen de error en el resultado de la escritura es mas amplio con el transcurso del tiempo por lo que hace este medio probatorio dudoso y poco confiable en el caso de que el testamento se otorgara veinte o treinta años atras y los testigos no comparecieran a la apertura del mismo por que no se les encuentra o por que ya fallecieron.

Así las cosas, la ley nos constriñe a depender de un dictamen técnico que tiene desventajas mayores a los beneficios que podría ofrecer, en efecto, una de las desventajas mas importantes de ésta disposición es como ya se dijo, que un perito en Grafoscopia y Documentoscopia cobra en promedio \$5,000.00 (CINCO MIL PESOS 00/100 M.N.) mientras que un notario en promedio cobra la mitad por protocolizar un testamento público abierto, lo cual desvirtua los principios por los que fue creado este testamento y que son la simplicidad y la economía para favorecer a las clases desprotegidas, es por las razones antes expuestas que a continuación se hace la propuesta siguiente:

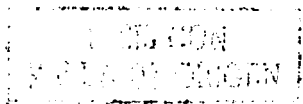
IV.6.- PROPUESTA DE REFORMA AL ARTICULO 883 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El artículo 883 del Código de Procedimientos Civiles para el distrito federal establece lo siguiente: "Si para la debida identificación fuere necesario reconocer la firma, por no existir los testigos de identificación que hubieren intervenido, o por no estimarse bastante sus declaraciones, el tribunal nombrará un perito para que confronte la firma con las indubitadas que existan del testador, y teniendo en cuenta su dictamen hará la declaración que corresponda."

Como se desprende del análisis del artículo en comento en los apartados anteriores, éste adolece de defectos tanto en cuanto a la forma como en el fondo que desvirtuan el principio por el que fue creado el testamento ológrafo, por lo que a continuación se dá un proyecto de artículo reformado con el objeto de que sin restarle seguridad jurídica al testador en el momento del otorgamiento como a los interesados en el momento de la apertura del mismo, se eliminen los elementos ociosos y dilatorios del procedimiento sucesorio para hacerlo mas agil, práctico, seguro y económico para así acercarlo al proyecto que el legislador en la exposición de motivos del Código Civil quiso establecer al manifestar que: "Ademas, se buscó la mayor simplificación y rapidez de los juicios sucesorios, para evitar que su retardo indefinido produzca el estancamiento de los bienes de la herencia, apartándolos de hecho de la libre circulación de la riqueza."

Así como tambien en otra parte de la exposición de motivos en los que se manifiesta el propósito de que el acto de testar no sea un procedimiento engorroso como suele suceder en las demas formas: "Como novedad en el proyecto de código se adoptó el testamento ológrafo, es decir, el testamento escrito todo el de puño y letra del testador, sin intervención de notario, ni de ningun otro funcionario, y sin que el testador esté obligado a observar la enorme cantidad de ritualidades con que la ley rodea a los testamentos, bastando que exprese de una manera clara y terminante su voluntad respecto al destino que quiera dar a sus bienes para despues de su muerte."

Por lo anteriormente expuesto y estudiado, consideramos que el texto del artículo 883 del Código de Procedimientos civiles debe ser modificado para quedar como sigue: **Artículo 883: No será necesario reconocer la firma del de cujus por no existir los testigos de identificación que concurrieron al deposito o no haber sido posible su localización sino solo en el caso de que los interesados así lo soliciten, presentando al efecto firmas indubitables para su cotejo, nombrandose un perito por parte del tribunal para dicha identificación.**



"CONCLUSIONES"

PRIMERA. Es inegable el hecho de que el legislador incluyó la figura del testamento ológrafo en el código actual por razones de simplicidad y economía como se desprende del análisis de la exposición de motivos, y que preocupado por el peligro latente de falsificación de éste tipo de disposición testamentaria, es que lo llenó de requisitos como medidas de seguridad, como por ejemplo el depósito que la figura romana original no requería. Así también, es inegable el hecho de que con la saturación de formalidades de que ha sido objeto éste testamento para su declaración de validez, se ha perdido el sentido de simplicidad y economía por el que fue creado.

SEGUNDA. Es comprensible que el legislador haya querido dar al testador mayor seguridad jurídica en el otorgamiento de su última voluntad, motivo por el cual dicho otorgamiento se haya llenado de formalidades de las cuales algunas han llegado a ser verdaderos elementos de existencia, pero también es criticable el hecho de que se haya llenado de tantas, que pueden causar confusión y propiciar que el testador se equivocase en el acto de otorgamiento, provocando así la ineficacia del mismo.

TERCERA. Doctrinariamente es criticable el hecho de que los requisitos de otorgamiento sean considerados por el Código como elementos de existencia, sin los cuales el testamento pierde su validez, aún cuando el contenido del mismo no sea viciado como lo establece la ley. Al aspecto, considero errónea dicha disposición ya que, faltando un elemento de existencia, la consecuencia lógica es como su nombre lo dice, la inexistencia del acto, y no la nulidad del mismo como erróneamente se establece en la ley.

CUARTA. En cuanto al artículo 883 del Código de Procedimientos Civiles, le otorga la facultad discrecional al juez para desestimar las declaraciones de los testigos de reconocimiento y nombrar un perito para que en base a su dictamen se declare o no formal el testamento otorgado, por lo que se puede interpretar erróneamente y en opinión personal es prejuzgar sobre la autenticidad del testamento e inducir un criterio al perito en ese sentido.

QUINTA. En el caso en que no es posible la asistencia de los testigos que concurrieron al depósito, por que ha pasado mucho tiempo y no se pudieron localizar o ya murieron, es bien sabido que la prueba pericial tiene un margen de error mas alto conforme pasa el tiempo, en virtud de que los rasgos en

la escritura van cambiando con el mismo, por lo que puede declararse nulo el testamento con base en un dictamen erroneo o formulado de mala fe. En efecto, como es bien sabido en el medio del litigio, un perito puede rendir un dictamen en determinado sentido, atendiendo a los intereses y posibilidades económicas de las partes en conflicto, por lo que puede o no apegarse a la realidad dependiendo de dichos intereses.

SEXTA. Por último, ¿no es mas costoso el dictamen de un perito que el otorgar un testamento público abierto?, en efecto, un perito en promedio cobra cinco mil pesos por rendir su dictamen, mientras que en promedio un notario cobra la mitad de esa cantidad por protocolizar un testamento, por lo tanto, ¿no se está faltando al principio de economía por el que fue incluido en nuestra legislación? Así es, fue creado para economisar el otorgamiento de un testamento y es incoherente que a la larga sea mas caro el validar el testamento que el haberlo otorgado.

SEPTIMA. La figura del testamento ológrafo, creada para dar simplicidad y economía a las personas que por no poseer los recursos necesarios o por evitar todos los molestos trámites ante un notario decide otorgarlo de ésta forma, ha sido desvirtuada en sus principios, por lo que es necesario tomar en cuenta la exposición de motivos y regresar a los principios fundamentales suprimiendo los requisitos inecesarios, para que así recobre el valór por el que fue creada y retomada en nuestra legislación dicha figura.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

BIBLIOGRAFIA.

- 1.- Cosas y sucesiones. Ibarrola Antonio de. Editorial Porrúa. Cuarta edición, México 1990.
- 2.- El patrimonio pecuniario y moral o, derechos de la personalidad y derechos sucesorios. Gutierrez y Gonzalez Ernesto, Editorial Porrúa, tercera edición, México 1990.
- 3.- Derecho de las cosas y derecho de las sucesiones. Araujo Valdivia Luis. Editorial Cajica, tercera edición, México 1990.
- 4.- Derecho de Familia y Sucesiones. Vaqueiro Rojas Edgar. Editorial Haría, México 1990.
- 5.- Derechos Reales y Derechos de las Sucesiones. Hernandez Gil Antonio, Editorial Espasa-Calpe, Madrid 1989.
- 6.- Elementos de Derecho Civil Mexicano: Bienes-Sucesiones. De Pina y Vara Rafael, Editorial Porrúa, México 1990.
- 7.- Compendio de Derecho Civil, Volúmen II. Rojina Villegas Rafael, Editorial Robredo, México 1983.
- 8.- Derecho Romano Privado. Kaser Max, segunda edición, editorial Reus, Madrid 1982.
- 9.- Derecho Romano II. J. Arias Ramos, vigesima edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1972.
- 10.- Derecho Privado Romano. Floris Margadant, Editorial Esfinge, decimo cuarta edición, México 1986.
- 11.- Manual de Derecho Romano. Alfredo Di Pietro, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1991.
- 12.- Derecho Civil Mexicano. Rafael Rojina Villegas. Tomo IV Sucesiones sexta edición Editorial Porrúa México 1985.
- 13.- Código Civil Comentado. Tomo III, De las sucesiones. Dr. Sergio T. Azúa Reyes Editorial Porrúa México 1988.
- 14.- Derecho Sucesorio. Ernesto Gutierrez y Gonzalez. tercera edición, editorial Porrúa, México 1988.

- 15.- Tratado de Derecho Civil. Ludwig Enneccerus. Volumen I, segunda edición, editorial Bosch, Barcelona 1971.
- 16.- Tratado de Derecho Civil (segun el tratado de Planiol). Georges Ripert, tomo X. (primer volumen) editorial La Ley, Buenos Aires.
- 17.- Instituciones de Derecho Privado Romano. Eduardo Volterra, primera edición, editorial Civitas 1986.
- 18.- Memorias del III Congreso de Historia del Derecho Mexicano (1983). Coordinado por Jose Luis Soberanes Fernandez. Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M. 1984.
- 19.- Introducción a la Historia del Derecho Mexicano. Floris Margadant Ed. Esfinge, segunda edición México 1976.

LEGISLACION CONSULTADA

- 1.- Código Civil para el Distrito Federal. Ed. Porrúa México 2001.
2. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Ed. Porrúa México 2001.
- 3.- Agenda Civil del Distrito Federal. Ed. Isef. México 2001.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN