



570
24

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

"EL TESTAMENTO OLOGRAFO"

T E S I S

QUE PARA OPTAR AL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
EDUARDO MIRANDA GARDIDA

MEXICO, D. F.

1892

FALLA DE ORIGEN



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

INDICE GENERAL.

	Págs.
Introducción. - - - - -	1
Capítulo I. La Sucesión Mortis Causa. - - - - -	4
1. La Sucesión y sus especies. - - - - -	6
2. La Herencia. - - - - -	10
3. El Testamento. - - - - -	15
4. El Legado. - - - - -	25
5. Capacidad para Testar. - - - - -	28
6. Capacidad para Heredar. - - - - -	30
7. Antecedentes y Legislación Extranjera res- pecto al Testamento. - - - - -	33
A. Derecho Romano. - - - - -	34
B. Derecho Francés. - - - - -	39
C. Derecho Alemán. - - - - -	42
D. Derecho Italiano. - - - - -	45
E. Derecho Español. - - - - -	49
F. Derecho Argentino. - - - - -	53
Capítulo II. El Testamento Ológrafo como acto jurídico. -	56
1. Elementos Esenciales. - - - - -	58
A. Voluntad. - - - - -	58
B. Objeto. - - - - -	60
2. Requisitos de validez. - - - - -	63
A. Capacidad para Testar. - - - - -	63
B. Voluntad libre y cierta. - - - - -	64

Págs.

C. Licitud en el Objeto. - - - - -	67
D. La Formalidad. - - - - -	68

Capítulo III. Validez e Ineficacia del Testamento Ológrafo.

fo. - - - - -	76
1. Validez. - - - - -	78
2. Ineficacia. - - - - -	80
A. Inexistencia. - - - - -	86
B. Nulidad. - - - - -	91
C. Caducidad. - - - - -	100
D. Revocación. - - - - -	104

Capítulo IV. Peculiaridades del Testamento Ológrafo. - - 109

1. Derecho Mexicano. - - - - -	109
A. Epoca Colonial. - - - - -	110
B. Epoca Independiente. - - - - -	115
a. Código Civil de 1870. - - - - -	116
b. Código Civil de 1884. - - - - -	119
c. Código Civil de 1928. - - - - -	122
2. Legislación Extranjera. - - - - -	131
A. Derecho Alemán. - - - - -	132
B. Derecho Argentino. - - - - -	138
C. Derecho Español. - - - - -	147
D. Derecho Francés. - - - - -	154
E. Derecho Italiano. - - - - -	161

	Págs.
Capítulo V. Testamento Ológrafo: Conveniencia de su di-	
fusión. - - - - -	168
1. Problemática en torno a este testamento. -	169
2. Ventajas de su otorgamiento. - - - - -	175
3. Inconvenientes de esta forma de testamen--	
to. - - - - -	185
4. Conveniencia de fomentar su otorgamiento.-	198
Conclusiones. - - - - -	212
Bibliografía. - - - - -	215

INTRODUCCION.

En materia familiar uno de los conflictos principales que suelen aparecer es el relativo a las sucesiones, especialmente cuando son intestamentarias. Desafortunadamente, éstas últimas en la práctica son muy abundantes pues aún cuando de acuerdo con nuestra legislación hay varias formas de testar no siempre son practicadas, ya sea por las formalidades que se exigen o los gastos que deben efectuarse.

Sin embargo, existe una manera de testar muy sencilla y económica que lamentablemente no está siendo utilizada en la proporción que debería; me refiero específicamente al otorgamiento del testamento ológrafo.

Efectivamente, el hecho de que esta clase de testamento se realice de puño y letra del propio testador constituye una de las formas más sencillas y cómodas de testar, y los gastos que implica su otorgamiento son mínimos ya que se limitan al pago de derechos que para su depósito en el Archivo General de Notarías debe hacerse.

A pesar de esto el testamento ológrafo es poco practicado, por lo tanto, consideramos conveniente que se realice una mayor difusión del mismo para el efecto de que se aumente el nú

mero de éstos y evitar así los problemas antes enunciados.

En consecuencia, la presente investigación tiene por objeto realizar un estudio del testamento ológrafo a través del cual puedan apreciarse sus ventajas y posibles inconvenientes, para llegar a la conclusión de que efectivamente ofrece grandes ventajas fomentar su práctica y realización.

Para lograr dicho objetivo, en el capítulo primero se habla en general de la sucesión Mortis Causa en donde se exponen los conceptos fundamentales y antecedentes generales que nos permitirán introducirnos a la materia.

En el capítulo segundo se entra al estudio específico del testamento ológrafo, analizándolo como un acto jurídico, -- por tal motivo se estudiarán sus elementos esenciales y requisitos de validez.

En este orden, en el capítulo tercero se tratará la validez e ineficacia del testamento ológrafo, comprendiendo los aspectos de inexistencia, nulidad, caducidad y revocación.

En el capítulo cuarto se tratan las peculiaridades del testamento ológrafo, tanto en el derecho mexicano, comprendiendo sus diferentes épocas, como en la legislación extranjera

en donde se incluyen los principales países que regulan esta --
clase de testamento.

Finalmente, en el capítulo quinto se habla de la con-
veniencia de difundir el testamento ológrafo, para lo cual se -
precisa en primer lugar la problemática que en torno del mismo
se suscita. Así mismo se consideran sus ventajas e inconvenien-
tes para posteriormente puntualizar la conveniencia de fomentar
su otorgamiento.

Esto último constituye la parte medular de la investi-
gación, por lo que será motivo de proponer algunas medidas lega-
les y prácticas que puedan hacer posible que el testamento oló-
grafo alcance una mayor difusión para que su otorgamiento sea -
más frecuente, lo que traerá como resultado un mayor número de
sucesiones testamentarias que disminuirán en gran parte los con-
flictos que se presentan con la sucesión intestamentaria.

CAPITULO I

La Sucesión Mortis Causa.

La palabra sucesión en términos generales significa, en el campo del derecho, la posibilidad de que una persona substituya a otra en un derecho o en una obligación, por ejemplo, - puede darse una forma de sucesión a través de una compraventa, en donde el que compra es sucesor del vendedor.

Según el profesor Rafael De Pina: "Existen dos conceptos de sucesión, uno amplio y otro restringido. En sentido amplio, y dentro siempre de la esfera de lo jurídico, por sucesión se entiende cualquier cambio meramente subjetivo de una relación de derecho, y en sentido limitado se define como la subrogación de una persona en los bienes y derechos transmisibles dejados a su muerte por otra. Se puede decir, por consiguiente, que la sucesión mortis causa es una especie de sucesión, en la que está comprendida además de ésta, la sucesión intervivos, que podemos llamar general, de más amplio ámbito que el que tiene la que se produce en caso de muerte del titular de un patrimonio económico." (1)

Esto nos lleva a considerar que la sucesión en una de sus manifestaciones implica una transmisión de bienes, la que -

(1) De Pina Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano, Editorial Porrúa, Volumen II, Novena Edición, México, --- 1983, pág. 254.

puede ser entre vivos, o bien, cuando se da la muerte de alguna persona pasando sus bienes a otra u otras.

Por lo tanto, en materia de sucesiones puede hablarse de dos clases que son: la sucesión intervivos y la sucesión -- mortis causa. La primera se da cuando existe una transmisión -- de derechos y obligaciones en vida de las partes, es decir, del sucesor y del que transmite los bienes. En cambio, la sucesión mortis causa es aquella que se da cuando fallece una persona y se transmiten sus derechos y obligaciones.

Para Rafael De Pina, la sucesión mortis causa tiene -- tres clases de elementos: personales, reales y causales. Dentro de los primeros encontramos al autor de la herencia o testador y al sucesor, que puede ser heredero o legatario. El elemento real se integra por el conjunto de las titularidades perteneciente al causante y que no se extinguen por su muerte, es decir comprende la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones del autor de la herencia. Finalmente, el elemento causal es el llamamiento a suceder u ofrecimiento de la sucesión a la persona con derecho a ella; lo cual cuando es hecho por la voluntad expresa del testador se denomina delación testamentaria y cuando se hace por la voluntad presunta del causante se llama delación legítima.

La sucesión mortis causa, según el profesor Ernesto --

Gutiérrez y González, puede definirse como: "el Regimen Jurídico Procesal que regula la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones de una persona, a otra u otras, en el momento en que la primera fallece." (2)

Cabe aclarar que el concepto anterior se identifica mucho con el de herencia; ya que dicha definición en el artículo 1281 del Código Civil textualmente dice: "Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte." O sea, herencia y sucesión son términos que se equiparan en nuestro derecho mexicano.

1. La Sucesión y sus especies.

Tradicionalmente se ha considerado que existen dos especies de sucesiones; la primera es la sucesión testamentaria o voluntaria y la segunda es la sucesión legal o legítima.

Por lo que respecta a la sucesión testamentaria, se dice que: "es la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte de una persona física a los herederos que ella misma determine a través de una mani--

(2) Gutiérrez y González Ernesto. El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derecho de la Personalidad, Editorial Cajica, Puebla, México, 1971, pág. 498.

festación unilateral de la voluntad denominada testamento." (3)

Como puede verse esta sucesión depende de la voluntad del autor y se lleva a cabo por medio de un testamento elaborado en los términos que proviene la ley civil.

En cuanto a la sucesión legal o ligitima, denominada también intestada es: "la transmisión, según normas legales, de los derechos y obligaciones del causante, por muerte del mismo o presunción de su fallecimiento cuando no deja testamento o este resulta nulo o ineficaz." (4)

Esta última forma de sucesión tiene lugar cuando la persona que fallece no ha hecho disposición de sus bienes por medio del testamento, o cuando habiendo hecho uno es declarado nulo.

Desde el tiempo de los romanos ya se conocían estas dos especies de sucesiones: la testamentaria y la intestada o Ab Intestato, naturalmente la que más predominaba era esta últi

(3) Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano, Editorial Porrúa, Tomo IV, Segunda Edición, México, 1987, págs. 3010 y 3011.

(4) Cabanellas Guillermo. Diccionario de Derecho Usual, Ediciones Arayú, Tomo III, Buenos Aires, 1954, pág.632.

ma, en la cual la ley ha sido supletoria de la voluntad del que ha fallecido para que pueda realizarse la sucesión.

El licenciado Ernesto Gutiérrez y González, considera que existe una especie más de sucesión la cual es la contractual o convencional, definiéndola en los siguientes términos: - "Es la sucesión en todos los bienes y en todos los derechos y obligaciones de una que fué persona física, después de que fallece por la persona con la cual celebró un convenio en el cual se pactó que, el que falleciera primero, transmitiría a su cocontraparte todos esos bienes, derechos y obligaciones, o bien que se transmitirán a una tercera persona que entre ellos convienen." (5)

Cabe aclarar que de acuerdo con nuestro Código Civil esta especie de sucesión no es admisible en nuestro derecho, ya que el artículo 1296 del ordenamiento legal citado concretamente dispone: "No pueden testar en el mismo acto dos o más personas, ya en provecho recíproco, ya en favor de un tercero."

Aún cuando se acepte esta sucesión en otros países, no es posible considerarla en nuestro sistema jurídico, pues de lo contrario se contrapondrían dos principios: uno que rige en

(5) Gutiérrez y González Ernesto, Op. cit. pág. 512.

materia de contratos, y otro en materia de sucesiones, lo cual no es conveniente, toda vez que en el primer caso impera el -- principio de que la validez y el cumplimiento del contrato no -- se puede dejar al arbitrio de una de las partes, en cambio, en materia de sucesiones el testamento es revocable por la sola vo luntad del testador.

Por su parte Rafael De Pina dice que: "existen diferentes tipos de sucesión mortis causa que se definen por sus efectos en sucesión a título universal y sucesión a título parti cular y por su origen, en sucesión voluntaria, sucesión legal y sucesión mixta y agrega que la diferencia entre sucesión univer sal y sucesión a título singular la consideran los autores más prestigiosos como cualitativa y no como cuantitativa, lo que -- quiere decir que se distingue por como se recibe y no por cuán-- to se recibe." (6)

La sucesión voluntaria que menciona el autor citado -- equivale a la testamentaria que ya se ha visto; y por lo que -- se refiere a la sucesión mixta, es aquella en la cual el testa-- dor dispone de una parte de sus bienes, dejando a otros fuera -- del testamento mismos que se destinarán conforme a las reglas -- de la sucesión legítima.

(6) De Pina Rafael, Op. cit. pág. 258.

2. La Herencia.

La palabra herencia tiene su etimología, del griego -geros (despojado, dejado, abandonado) o bien, del latín heres (heredero). "Significa gramaticalmente tanto el derecho de heredar como el conjunto de bienes derechos y obligaciones que al morir una persona son transmisibles a sus herederos o a sus legatarios." (7)

De acuerdo a su definición general la palabra herencia se refiere tanto al heredero como al conjunto de bienes, de rechos y obligaciones que se reciben de una persona por su muerte.

Por lo tanto, se dice que en sentido objetivo es la -masa o conjunto de bienes; en sentido jurídico es la transmisión de bienes por causa de muerte.

También se considera que la herencia es una forma de transmisión de la propiedad, misma que puede ser a título universal o particular.

(7) Enciclopedia Jurídica Omeba, Bibliografica Omeba, Tomo XIII, Buenos Aires, 1969, pág. 826.

La definición legal de herencia la encontramos en el artículo 1281 del Código Civil que textualmente dice: "Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte."

Resulta evidente que la transmisión de bienes a la -- que se hace referencia son aquellos que fueron propiedad de personas físicas, ya que no es posible hablar de sucesión de los - bienes de personas morales. Ahora bien, los herederos también son personas físicas, quienes pueden ser nombrados en el testamento o bien, adquirir tal carácter mediante disposición legal.

En cuanto al heredero, Fernández Aguirre dice: "Por ser el heredero continuador de la personalidad del de cujus, re cibe él todos los derechos del autor de la herencia. Todo su patrimonio. Por eso es dueño de todos los bienes patrimoniales, adquiriendo, igualmente, la posesión de los mismos. La ley considera que la sucesión es un modo de adquirir y, por eso y por la ficción legal que ya conocemos, propiedad y posesión pasan a los herederos, de pleno derecho y en el momento mismo de la a--pertura de la herencia. Y adquiere la propiedad y la posesión con todo lo inherente a ellos; así es que adquiere derecho a - las accesiones y a los frutos desde el mismo momento." (8)

(8) Fernández Aguirre Arturo. Derecho de los Bienes y de las Sucesiones, Editorial Cajica, Puebla, 1963, pág. 441.

Por lo que se refiere a las obligaciones que adquiere el heredero, la regla general es que en principio se transmiten todas las obligaciones de carácter patrimonial que debía pagar - el de cujus.

Sin embargo, hay derechos que no son transmisibles ya que son aquellos que se extinguen por la muerte, entre estos es t^{an} los derechos reales de usufructo, uso y habitación, los derechos propios de la persona, los provenientes de contratos celebrados intuitu personae y las acciones sin contenido patrimonial; por lo que se refiere a los derechos reales mencionados estos no se transmiten por herencia en virtud de ser de carácter temporal y extinguirse por la muerte del titular; Así mismo los derechos propios son intransmisibles ya que solo pueden ejercitarse por su titular, por ejemplo, los que se derivan de la patria potestad y del matrimonio; los derechos provenientes de contratos intuitu personae, igualmente son intransmisibles - toda vez que pertenecen a la misma persona del difunto, ya sea por sus cualidades o características personales, por ejemplo, - por la existencia de un contrato de mandato o de obra determinada, que solo el de cujus podría realizar: por lo que respecta a las acciones sin contenido patrimonial podemos mencionar las que se refieren al divorcio. En consecuencia, son los derechos

políticos los que en términos generales se extinguen con la muerte, así como algunos derechos reales y personales.

De acuerdo con el Diccionario Jurídico Mexicano, la herencia puede ser de diversas clases, entre las que encontramos las siguientes: "Aceptada. Es la que ya ha sido objeto de partición de modo que cada heredero se ha convertido en propietario exclusivo de los bienes que se le adjudicaron o en su caso copropietario si así se llevó a cabo la partición.

Futura. La que todavía no tiene lugar por no haber fallecido la persona que ha de transmitir. El derecho mexicano, considera que nadie tiene ni siquiera una expectativa de derecho a la herencia de una persona antes de que ésta fallezca, puesto que en cualquier momento puede otorgar testamento designando libremente a sus herederos, o bien revocar el que hubiere otorgado.

Indivisa. Existe durante el trámite del juicio sucesorio hasta antes de la partición. Los herederos tienen derecho a una parte alícuota del caudal hereditario a menos que se trate de heredero único y universal en cuyo caso recibiría el total del patrimonio del de cujus.

Intestamentaria. Es la que se defiere, por disposición de la ley. De acuerdo con el CC tiene lugar sólo a falta de testamento válido.

Testamentaria. Se defiere por la voluntad del testador.

Mixta. La que se defiere en parte por disposición testamentaria y en parte por disposición de la ley. Es decir, coinciden ambas sucesiones respecto de un mismo autor.

Vacante. Cuando no hay herederos testamentarios ni parientes con derecho a la herencia. No se presenta en derecho mexicano en virtud de que, a falta o por incapacidad para heredar a herederos testamentarios y legítimos, la masa hereditaria pasará a la beneficencia pública con el carácter de heredero que le atribuye el a. 1636 del CC.

Yacente. Se presenta en las legislaciones en que la transmisión de la propiedad se verifica tiempo después de la muerte del autor de la sucesión, esto es, hasta la aceptación por parte de los herederos. Durante ese lapso se concede a la sucesión personalidad jurídica y por lo tanto, la titularidad del patrimonio del autor hasta que éste pasa a los herederos. En derecho mexicano no existe la herencia yacente porque la transmisión de la propiedad se verifica en el momento mismo de

la muerte del autor, de modo que a la aceptación de la herencia los efectos se retrotraen al momento del fallecimiento del autor de la sucesión." (9)

3. El Testamento.

De la sucesión testamentaria se deduce que es el testamento la piedra angular que da bases para esta forma de transmisión de los bienes, derechos y obligaciones. Por lo tanto, es necesario precisar lo que es el testamento.

La etimología del testamento la encontramos en las palabras latinas, testatio, mentis; que significa testimonio de la voluntad. A pesar de su etimología, esta institución ya se conocía en el derecho más antiguo como el indú, caracterizado básicamente por la necesidad que tenía de designar a una persona para que continuara las obligaciones religiosas en favor del testador y no descontinuar así el culto familiar.

Desde los romanos encontramos algunas definiciones a este respecto entre ellos encontramos a los siguientes: "Según

(9) Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo II, Op. cit. págs. 1577 y 1578.

Modestino... el testamento es la justa declaración de nuestra -
 voluntad respecto a aquello que cada uno quiere que sea hecho -
 después de su muerte. Para Ulpiano... el testamento es una jus-
 ta declaración de nuestra voluntad hecha con solemnidad, a fin
 de que valga después de nuestra muerte." (10)

Por su parte Guillermo Cabanellas define el testamen-
 to como la: "declaración de última voluntad, relativa a los bi
 nes y otras cuestiones: reconocimientos filiales, nombramien-
 tos de tutores, revelaciones o confesiones, disposiciones fune-
 rarias. II acto en que tal manifestación se formula. II docu-
 mento donde consta legalmente la voluntad del testador." (11)

De la anterior descripción podemos notar que al refe-
 rirnos al testamento lo podemos hacer en tres aspectos: prime-
 ro designando la voluntad última de una persona; segundo refi-
 riéndonos al acto en que esa voluntad se formula; y tercero --
 comprendiendo el documento que contiene dicha voluntad.

Dentro de los autores mexicanos que definen el testa-
 mento está el profesor Rafael Rojina Villegas quien dice: "El

(10) Ventura Silva Sabino. Derecho Romano, Edito---
 rial Porrúa, Sexta Edición, México, 1982, pág. 214.

(11) Cabanellas Guillermo, Op. cit. pág. 682.

testamento es un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz transmite sus bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte a sus herederos o legatarios o declara y cumple deberes para -- después de la misma." (12)

El mismo autor citado desglosa su propia definición - para explicar cada uno de sus elementos, así, se señalan los si guientes: a) el testamento es un acto jurídico unilateral; b) es personalísimo, revocable y libre; c) debe ser ejecutado por persona capaz; d) tiene por objeto la transmisión de bienes, - derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte o la declaración y cumplimiento de deberes. Explicando cada uno de estos términos nos dice que como acto jurídico es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, siempre y cuando la norma jurídica ampare esa manifestación de voluntad, que en el presente caso es unilateral ya que solamente se realiza por parte del testador.

Como acto personalísimo se caracteriza en que es el - autor de la herencia exclusivamente la persona que debe manifestar su voluntad, por lo que no puede encomendarse a un tercero

(12) Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa. Tomo IV, Sexta Edición, México, 1985, -- pág. 289.

la designación de sucesores, ni la asignación de bienes. Es revocable porque no puede el testador celebrar pacto o convenio - por el cual renuncie a la facultad que tiene de revocar el testamento, lo que significa que puede variar el contenido del mismo. Es un acto libre por cuanto no puede obligarse al testador a no testar o a testar bajo ciertas condiciones, o sea, es un - acto que ha de realizar con plena libertad de lo contrario incurriría en nulidad. Además, se requiere que el testador sea una persona capaz y, finalmente mediante el acto que realiza a de - tener por objeto la transmisión de sus bienes derechos y obliga - ciones que no se extingan con su muerte o bien, la declaración y cumplimiento de deberes.

En realidad la definición expuesta por Rojina Ville-- gas ha sido sacada del concepto legal que contiene el Código Ci - vil para el Distrito Federal, que en su artículo 1295, señala - textualmente lo siguiente: "Testamento es un acto personalísi - mo, 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."

A los elementos antes descritos podemos agregar los - siguientes: 1) Es un acto formal y solemne, toda vez que el - Código Civil señala la forma específica de los mismos, precisando sus características y peculiaridades. Además, en ciertos ca

ses se indican formulas que deben observarse, las cuales consti-
tuyen toda una solemnidad, por ejemplo lo que sucede con el tes-
tamento ológrafo cuando se realiza el depósito ante el Archivo
General de Notarías, como se verá con mayor detalle en su oportu-
nidad.

2) Interpretación; el Código Civil determina las ba-
ses para realizar la interpretación de los testamentos ya que -
aún cuando se exige que el testador manifieste su voluntad en -
forma clara y expresa, llegan a presentarse problemas interpre-
tativos que la ley resuelve fijando reglas generales.

3) Objeto en el testamento; el objeto puede consis-
tir en la institución de herederos y legatarios o en la declara-
ción y cumplimiento de algunos deberes. Por lo tanto, el obje-
to en los testamentos tiende a ser muy variado, sólo se requie-
re que el objeto sea posible, por ejemplo, cuando consiste en -
la transmisión de bienes, es necesario que estos existan en la
naturaleza para que sea físicamente posible su transmisión.

4) La causa en los testamentos; de acuerdo con el -
profesor Rojina Villegas se considera que la causa que se esta-
bleció en el Código Civil en términos generales y aplicado al -
testamento, es la que se relaciona con el motivo determinante -
de la voluntad. (13)

(13) Cfr. Rojina Villegas Rafael, Op. cit. págs. 299
a 307.

Además de los anteriores elementos podemos señalar el contenido del testamento. "En relación con este tema, se distingue entre contenido típico del testamento y contenido atípico. El contenido típico está constituido, desde luego por las disposiciones de naturaleza patrimonial, pero esto no excluye el reconocimiento en el testamento de un contenido atípico constituido por las disposiciones que carecen de esta naturaleza. Generalmente en el testamento coexisten ambos contenidos, si bien la falta de cualquiera de ellos no priva al testamento de su significación de acto de última voluntad." (14)

Para tener una idea más completa en cuanto al contenido considero que es necesario referirnos a las condiciones que pueden ponerse en los testamentos, para tal efecto, el Lic. Arturo Fernández Aguirre nos dice que: "Condición es un hecho, futuro e incierto, del cual depende el cumplimiento de una obligación. En el campo testamentario es un hecho, futuro e incierto, del cual depende un derecho hereditario. Puede la condición ser un hecho pasado, siempre y cuando sea ignorado por los interesados para quienes, por ello, conserva el carácter de incertidumbre." (15)

(14) De Pina Rafael, Op. cit. págs. 289 y 290.

(15) Fernández Aguirre Arturo, Op. cit. pág. 371.

Ahora bien, las condiciones se clasifican de acuerdo a sus efectos en suspensivas y resolutorias: las primeras son aquéllas de las que depende la exigibilidad de la obligación; - las segundas son aquéllas que resuelven o extinguen la obligación.

De acuerdo a la intervención de la voluntad se clasifican en potestativas, mixtas y causales: las primeras son las que dependen sólo de la voluntad de las partes; las segundas - dependen en parte de dicha voluntad, pero también pueden depender de un caso fortuito; y las últimas son las que no dependen de la voluntad de los interesados, sino de hechos que pueden su ceder o no.

Desde otro aspecto las condiciones se clasifican en - posibles e imposibles; estas últimas pueden serlo tanto física como legales y naturalmente son aquéllas que no se pueden reali zar, ya sea porque sean materialmente incumplibles los hechos - que las constituyen o bien porque se trate de actos prohibidos por la ley.

Por otro lado, es posible hablar de plazos en las dis posiciones testamentarias. Por plazo se entiende un aconteci- miento futuro pero cierto del cual surge la aplicación de las - disposiciones que el testador haya estipulado al momento de se- ñalar su última voluntad.

La clasificación de los testamentos en cuanto a su forma y de acuerdo con el Código Civil vigente es la siguiente:

- 1) Testamentos Ordinarios;
- 2) Testamentos Especiales.

Al respecto el profesor Leopoldo Aguilar Carbajal dice: "En relación con su forma, los testamentos los divide el Código en ordinarios y especiales. Los primeros son aquellos a los que deben recurrir los testadores en condiciones normales, mientras que los especiales presuponen situaciones especiales que no permiten esperar, pero debe establecerse este principio general: sólo podrá otorgarse alguno de los testamentos especiales cuando sea imposible, o al menos muy difícil, otorgar un testamento ordinario." (16)

Los Testamentos Ordinarios a su vez se dividen en:

- a) Testamento Público Abierto;
- b) Testamento Público Cerrado; y,
- c) Testamento Ológrafo.

Por su parte los Testamentos Especiales se dividen en: a) Testamento Privado;

b) Testamento Militar;

(16) Aguilar Carbajal Leopoldo. Segundo Curso de Derecho Civil, Editorial Porrúa, Cuarta Edición, México, 1980, -- pág. 349.

- c) Testamento Marítimo; y,
- d) Testamento hecho en país extranjero.

De acuerdo con el Código Civil los testamentos que reglamentan se llevan a cabo de la siguiente forma:

Art. 1511.- Testamento público abierto es el que se otorga ante notario y tres testigos idóneos.

Art. 1521.- El testamento público cerrado puede ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego, y en papel común.

Art. 1550.- Se llama testamento ológrafo al escrito de puño y letra del testador.

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.

Art. 1565.- El testamento privado está permitido en los casos siguientes:

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

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

Art. 1579.- Si el militar o el asimilado del ejército hace su disposición en el momento de entrar en acción de guerra, o estando herido sobre el campo de batalla, bastará que declare su voluntad ante dos testigos, o que entregue a los mismos el pliego cerrado que contenga su última disposición, firma da de su puño y letra.

Art. 1583.- 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.

Art. 1593.- 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.

En la presente investigación nos dedicaremos al estudio de uno de los testamentos ordinarios, es decir, al testamento ológrafo, pero antes de desarrollar el análisis respectivo - veremos algunos aspectos generales del legado.

4. El Legado.

La palabra legado proviene del latín *legatus* que significa el mandato que en su testamento hace un testador a una o varias personas. Ahora bien, en materia testamentaria tiene -- tres acepciones diferentes, que son: a) disposición liberal -- del testador contenido en una cláusula del testamento; b) es -- un acto jurídico que se caracteriza por la transmisión de un -- bien o derecho del patrimonio del causante al del legatario; -- c) es la cosa o derecho transmitido.

En virtud de que el Código Civil no contiene una defi nición legal sobre el legado, expondremos un concepto dado por uno de los profesores mexicanos el Lic. Ernesto Gutiérrez y Gon zález quien lo define diciendo que: "Es una disposición testa- mentaria, en virtud de la cual el autor de la herencia estable- ce que persona o personas determinadas, recibirán una cosa, una porción de bienes a título particular, o algún hecho o servicio determinado, ya sea a título gratuito, con modalidad o carga, -- para después de su muerte." (17)

El legado tiene su origen en el derecho romano en don de se le reguló en una forma amplia y de ahí paso a España y a

(17) Gutiérrez y González Ernesto, Op. cit. pág. 581.

los países de origen latino, entre ellos a México, que lo prevé en el capítulo VII, del Título Segundo, del Libro Tercero del Código Civil.

En términos generales podemos señalar las siguientes características de los legados que nos proporciona la Enciclopedia Jurídica Omeba, y que son:

- 1) El legado es una disposición testamentaria.
- 2) Es a título particular.
- 3) Confiere al instituido derechos patrimoniales, singulares y concretos que no atribuyen la calidad de heredero.
- 4) Normalmente es una disposición a título gratuito - hecha con el ánimo liberal, con el propósito de procurar al legatario un enriquecimiento cierto, sin contraprestación de clase alguna. (18)

Conviene precisar las diferencias que existen entre la herencia y legado; la más importante es que la primera es una sucesión por causa de muerte a título universal, mientras que el legado, también es una sucesión por causa de muerte pero lo es a título singular. En esencia las demás diferencias se derivan de la anterior, por ejemplo, el heredero recibe todo el patrimonio o una parte alícuota de él que le ha transmitido el

(18) Cfr. Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XVII, -- págs. 857 y 858.

de cujus, además es continuador de su personalidad; por lo anterior tiene que responder de todas las deudas del autor de la herencia y soportar las cargas de la misma. En cambio, el legatario solo excepcionalmente responde de deudas, en caso de que el testador las haya dejado expresamente a su cargo, y no tiene que soportar más cargas que las propias de su legado.

Por lo que se refiere al contenido y limitaciones en materia de legados de acuerdo con nuestro Código Civil, estas - últimas son mínimas, por lo que el contenido puede ser muy amplio y variado según la imaginación del testador. En consecuencia, son muchas las clases de legados que pueden existir, pero para nuestros fines mencionaremos únicamente algunos legados de mayor uso en la práctica, mismos que señala el profesor Jorge - A. Sánchez Cordero Dávila, en los siguientes términos:

- a) Legado de cosa cierta y determinada
- b) Legado de cosa ajena
- c) Legado de cosas de género
- d) Legado de cantidad
- e) Legados de educación y alimentos
- f) Legado de cosa gravada
- g) Legado de liberación. (19)

Como puede verse existe una gran variedad de legados

(19) Cfr. Sánchez Cordero Dávila Jorge A. Introducción al Derecho Mexicano, Derecho Civil, Universidad Nacional - Autónoma de México, México, 1981, págs. 60 a 62.

que según la voluntad del testador pueden establecerse, mismos que de acuerdo con el Código Civil para el Distrito Federal, -- quedarían debidamente fundamentados si se utilizan las disposiciones aplicables para cada caso.

5. Capacidad para Testar.

Existe una regla general que se refiere a la capacidad para testar, la cual esta contenida en el artículo 1305 del Código Civil que textualmente expresa: "Pueden testar todos -- aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho."

Por su parte el artículo 1306 del ordenamiento legal citado menciona quienes se consideran incapacitados para testar y son: los menores de 16 años de edad y los que habitual o accidentalmente no disfruten de su cabal juicio.

Existe una excepción en cuanto a los mayores de 16 -- años, pero menores de 18 años, quienes de acuerdo con la regla general tienen capacidad para testar, pero tratándose del testamento ológrafo sólo tienen capacidad para hacerlo los mayores -- de 18 años.

Por lo que se refiere a la incapacidad derivada de la

enajenación mental, ya sea habitual o accidental es plenamente justificado el que esta exista ya que no puede disponer libremente de sus bienes aquel que no disfruta de su cabal juicio. Sin embargo, la ley contempla la posibilidad de otorgar capacidad al demente que tenga un intervalo de lucidez. Al respecto el artículo 1307 del Código Civil dispone: "Es válido el testamento hecho por un demente en un intervalo de lucidez." Para -- que tal disposición testamentaria tenga plena validez es necesario cumplir algunos requisitos: a) Que el demente pretenda hacer testamento en intervalo de lucidez, el autor o la familia del demente presentará una solicitud al juez que corresponda el cual nombrará dos médicos especialistas de preferencia para examinar y dictaminar su estado mental. El juez está obligado a -- asistir al examen y hacerle cuantas preguntas estime a fin de -- cerciorarse de su capacidad de testar. b) Que se haga constar el resultado del reconocimiento en acta formal. c) Si el reconocimiento es favorable, proceder al otorgamiento del testamento ante notario público.

De acuerdo con lo anterior, los testamentos de los menores de 16 años no producirán ningún efecto, al igual que los otorgados por los dementes sin que se hayan cumplido los requisitos antes mencionados.

6. Capacidad para Heredar.

En términos generales se entiende por capacidad desde el punto de vista jurídico la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones. Dicha capacidad puede ser de goce y de ejercicio

Ahora bien, aplicando lo anterior a la capacidad para heredar podemos decir que es la aptitud que se tiene para adquirir derechos y obligaciones a través de una sucesión. En nuestro derecho existe una regla general contenida en el artículo 1313 del Código Civil en donde todas las personas son aptas para heredar; concretamente dicho precepto establece que: "Todos los habitantes del Distrito Federal de cualquier edad que sean, tienen capacidad para heredar, y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto."

Sin embargo, a la anterior regla general se antepone algunas excepciones de tal manera que el propio Código Civil señala algunas incapacidades para heredar. Por consiguiente, podemos enunciar el principio de que todos son aptos para heredar excepto los que incurran en alguna incapacidad expresamente determinada por la ley.

De acuerdo a las incapacidades que prevé el ordena---

miento legal indicado, estas se han clasificado en absolutas y relativas.

Las incapacidades absolutas son aquellas que se determinan genéricamente para cualquier tipo de personas y dentro de estas se encuentran básicamente las siguientes: falta de personalidad, falta de reciprocidad internacional e incapacidad constitucional.

La falta de personalidad se refiere según el artículo 1314 del Código Civil a los que no esten concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean visbles.

La falta de reciprocidad internacional es una incapacidad para heredar que se establece para las personas físicas o morales extranjeras que vivan u operen en México, pero que en su país de origen, los mexicanos no sean capaces de heredar. - Esta incapacidad esta prevista por el artículo 1328 del ordenamiento legal citado que textualmente expresa: "Por falta de reciprocidad internacional, son incapaces de heredar por testamento o por intestado, a los habitantes del Distrito Federal, los extranjeros que, según las leyes de su país, no puedan testar o dejar por intestado sus bienes a favor de los mexicanos."

Por lo que se refiere a la incapacidad constitucional

encontramos que, por razones de orden económico y político, se establecen algunas incapacidades relativas al derecho de propiedad previstas fundamentalmente en el artículo 27 de la Constitución Política.

Las incapacidades relativas son las que se refieren a aquellas personas que no pueden heredar a otras específicamente determinadas, dentro de las cuales se encuentran las de utilidad pública, delitos, presunción contraria a la libertad del testador y la renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento.

Por utilidad pública se establecen algunas incapacidades a los ministros de los cultos religiosos, concretamente el artículo 1325 del Código Civil prevé este tipo de incapacidad - misma que se extiende a los parientes de los ministros inclusive hasta el cuarto grado.

Por lo que se refiere a las incapacidades por delito, el Código Civil enumera en su artículo 1316 cuales son los delitos que dan lugar a este tipo de incapacidad, los que naturalmente están referidos principalmente a los conflictos que surgen en las relaciones familiares.

La incapacidad por presunción contraria a la libertad

del testador esta referida al médico que haya asistido a aquél, durante su última enfermedad, si entonces hizo su disposición testamentaria, así como al cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos del facultativo, a no ser que los herederos instituidos sean también herederos legítimos. (artículo 1323 del Código Civil).

Existe también una incapacidad por presunción de influjo contrario a la verdad e integridad del testamento, referida al notario y testigos que intervinieron en él, así como a sus cónyuges, descendientes, ascendientes o hermanos. (artículo 1324 del Código Civil).

Finalmente, de conformidad con el artículo 1331 del Código Civil son incapaces de heredar por renuncia o remoción de un cargo, los que nombrados en el testamento como tutores, curadores o albaceas que hayan rehusado sin justa causa el cargo, o por mala conducta hayan sido separados judicialmente de su ejercicio.

7. Antecedentes y Legislación Extranjera respecto al Testamento.

Antes de referirnos completamente al testamento oló--

grafo es oportuno mencionar los antecedentes que existen sobre el testamento en general, para que teniendo una noción de esta materia se pueda entender posteriormente las peculiaridades que se presentan en el testamento ológrafo.

Partiremos del Derecho Romano por ser este el que empezó a desarrollar una legislación más específica sobre el testamento. También consideraremos algunas legislaciones extranjeras que han influido en la nuestra.

A. Derecho Romano.

En el Derecho Romano se conoció el testamento, el cual tuvo una evolución importante hasta adquirir las características que actualmente se reconocen como un acto que implica la declaración unilateral de última voluntad.

Ulpiano definió el testamento en los siguientes términos: "Es la manifestación legítima de nuestra voluntad, hecha solemnemente para hacerla válida después de nuestra muerte." --
(20)

(20) Citado por Petit, Eugéne. Tratado Elemental de Derecho Romano. Traducido por José Ferrández González, Editora Nacional, Primera Reimpresión, México, 1971, pág. 514.

La primera manifestación legislativa del testamento - en el Derecho Romano se encuentra en la ley de las XII tablas, donde se contempla por primera vez la posibilidad de transmitir los bienes, derechos y obligaciones de un sujeto a otro.

En un principio existieron dos clases de testamentos: uno para los tiempos de paz denominado *calatis comitiis*, el otro para el momento de salir a combate llamado *in procinctu*.

Petit comenta la forma en que se practicaban estos -- testamentos diciendo lo siguiente: "El testamento *calatis comi*tiis se hacía delante de los comicios, por curias convocadas a este efecto, *calata* (Aulo-Gelio, *Nuits at.*, XV, 27) y en presencia de los pontífices, pues a la evolución de la sucesión no solamente interesa la transmisión del patrimonio, sino también la del culto privado. El jefe de familia declaraba delante de los comicios reunidos a quién elegía por heredero, dando los comi--cios su aprobación a esta elección, lo cual hacía del testamen--to una verdadera ley ...

El testamento *in procinctu* se hacía delante del ejército equipado y bajo las armas. El jefe de familia soldado que quería testar antes de marchar al combate declaraba su voluntad delante de sus compañeros de armas, que representaban la asam--blea del pueblo.

Este testamento sólo se practicaba en tiempo de guerra, y, por otra parte, para los testamentos, los comicios sólo se reunían en Roma, y dos veces por año." (21)

Posteriormente se añadió una tercera especie de testamento el *per aes et libram*, el cual surgía cuando un padre de familia no había podido testar *calatis comitiis* y sentía su próximo fin. En este caso encargaba su patrimonio a un amigo de manera oral para que ejecutara lo relativo al destino de sus bienes que asignaba a otras personas.

Este tipo de testamento comprendió dos operaciones distintas: la *mancipatio* y la *nuncupatio*. Esta última operación dió lugar a su vez al llamado testamento *nuncupativo* perteneciente al campo del Derecho Civil y que consistía en un testamento hecho oralmente ante siete testigos.

"La *mancipatio*. Las palabras pronunciadas por el *familiae emptor* se modificaban: declaraba comprar el patrimonio; no era para guardarlo, sino a título de depósito y para prestar se a la confección del testamento, la *nuncupatio*, o declaración que hace el testador, teniendo en la mano sus tablillas, que contienen el nombre del heredero y el conjunto de sus disposi-

(21) Petit Eugéne, Op. cit. págs. 514 y 515.

ciones testamentarias. En la práctica, hacía conocer con frecuencia el heredero; pero también podía guardar el secreto. -- Esta nuncupatio era la parte principal del testamento, pues la mancipatio no intervenía más que para la forma, *dicis gratis*; -- aunque íntimamente ligadas una a la otra, estas dos formalidades debían cumplirse uno contexto, es decir, sin ser interrumpidas por, ningún acto extraño al testamento (Ulpiano, L. 21, & - 3, D., *qui test., fac., XXVIII, 1*). " (22)

Más tarde, en tiempos de Teodosio II y de Valentiniano III se introdujo una nueva forma de testamento tripartito, -- acerca del cual Margadant dice que: "se componía de tres partes a) el texto, b) la subscriptio de los siete testigos (declaración expresa de que habían intervenido con carácter de testigos) y c) los sellos de los testigos, afuera, sobre el testamento cerrado y plegado (*obsignatio*). Este testamento debía hacerse en un solo acto, sin interrupciones. Sin embargo, era lícito dejar abierta la institución del heredero, refiriéndose para esto a otro documento posterior." (23)

En base a este testamento surgieron algunas formas --

(22) Petit Eugène, Op. cit. págs. 515 y 516.

(23) Margadant S. Guillermo Floris. El Derecho Privado Romano, Editorial Esfinge, Duodécima Edición, México, 1983, pág. 469.

distintas de transmitir el patrimonio cuando alguien moría. -- Así, encontramos la existencia del testamento militar, así como el testamento hecho en el campo el cual se perfeccionaba sólo - con cinco testigos; también había un testamento hecho en época de peste mismo que se realizaba en varios actos ya que para evitar el contagio, los testigos acudían en visitas sucesivas. Finalmente está el testamento principi oblatum, que era depositado en poder del emperador para ser guardado en el archivo del - palacio.

De acuerdo con las diferentes formas del testamento - romano hay ciertos elementos que lo caracterizan y que son los siguientes: a) la solemnidad del acto, que siempre se exigió - en el Derecho Romano; b) sus efectos para después de la muerte como acto de última voluntad; c) es un acto personal, porque - no puede realizarse mediante mandatario; d) esencialmente revocable, como todos los actos de última voluntad, debido a su naturaleza liberal; e) la institución de heredero, que consideraban los romanos fundamental, de tal manera que todas las demás disposiciones eran secundarias; f) en el testamento se pueden dejar otras disposiciones como legados, fideicomisos, nombra---mientos de tutor.

B. Derecho Francés.

En el derecho francés los primeros conceptos legales que existieron en relación con las sucesiones y el testamento - los encontramos en el Código de Napoleón, mismo que a su vez tuvo una influencia del derecho romano, sin embargo, se caracterizó por un matiz liberal en cuanto al principio de solemnidad en los testamentos; lo que hacía que los particulares tuvieran la opción de testar en varias formas, inclusive redactando su última voluntad en documentos privados.

Posteriormente el Código Civil Francés estableció algunos avances importantes en materia de sucesiones, sobre todo desarrollo los conceptos referidos a los legatarios, clasificándolos en legatario universal y legatario singular; el primero recibía el conjunto del patrimonio, incluyendo el activo y el pasivo; y el segundo sólo recibía algunos bienes determinados.

Uno de los aspectos que se reguló en el antiguo derecho francés fue lo relativo a la prohibición de los testamentos mancomunados. Por lo tanto, no se permitía que varios testadores redacten sus respectivas disposiciones en un acto único.

En relación con esto Planiol comenta que: "La prohibición de los testamentos mancomunados se justificaba por la ne

cesidad de asegurar la revocabilidad del testamento; cada testador dejaría de revocar su testamento para no dar lugar a la revocación del recíproco, lo que equivaldría a la irrevocabilidad de los testamentos. Esa justificación es harto discutible. En efecto, uno de los testadores pudiera revocar su testamento, por otro posterior, sin afectar en nada el del otro. Además, en buena lógica, habría que seguir esa argumentación hasta sus extremas consecuencias y afirmar que un mismo testamento no debe contener disposiciones más que en favor de una sola persona; no se alcanza a comprender por qué el texto legal no prohíbe, a la vez, la concurrencia de testadores y beneficiarios." (24)

En virtud de que la justificación que se daba para la prohibición de los testamentos mancomunados no fué del todo convincente, ya que más bien su justificación real, se encontraba en los antecedentes legislativos que al respecto existía, por consiguiente se llegó a suprimir los testamentos mancomunados mediante Ordenanza de 1735.

Por otro lado, no se reguló mucho lo referente a las formas del testamento toda vez que prevalecía el principio de proteger la libertad del testador, para lo cual no se establecieron formas específicas que limitarían dicha libertad. Los --

(24) Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Traducción de Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Riverend Brusone, Editorial Cultural Habana, Tomo -- Quinto, Cuba, 1946, pág. 552.

hermanos Mazeaud comentan al respecto que: "Las formas del testamento no tienden, pues, principalmente a defender a los pa---rientes próximos, cuya legítima no compromete, sino a proteger la libertad del testador contra las presiones que pueda sufrir, tanto más temibles por cuanto están expuestas a producirse en un momento en que aquél se encuentra debilitado por los años o una enfermedad; hay que asegurar la conformidad de las últimas disposiciones del de cujus con su voluntad real." (25)

Vemos entonces que las reglas relativas a la forma -- del testamento en el derecho francés protegen fundamentalmente el patrimonio familiar, contra las posibles falsificaciones que pudieran hacer los extraños para afectar dicho patrimonio.

Una de las formalidades que se exigió desde un principio en esta materia es que el testamento debe ser escrito y debe ser hecho por documento separado.

Por último cabe mencionar las tres formas del testamento admitidas en el derecho francés, que son el auténtico, cerrado y ológrafo. Este último será estudiado con más detalle - posteriormente.

(25) Mazeaud, Henri, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil, Traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Parte Cuarta, Volumen II, Buenos Aires, 1965, págs. 347 y 348.

C. Derecho Alemán.

En un principio el derecho hereditario en Alemania es tuvo comprendido en las normas de derecho de familia por consiguiente, los herederos eran los parientes de sangre; las disposiciones de última voluntad prácticamente se desconocían en el antiguo derecho alemán. No obstante, mediante la evolución que ha existido sobre la materia tanto las sucesiones como los testamentos en particular fueron adquiriendo una regulación cada vez más elaborada.

Heinrich Brunner comenta que dentro de la evolución - que hubo en esta materia: "el derecho hereditario se exterioriza ya en vida del causante en el derecho de expectativa hereditaria de los herederos más próximos o en un cierto grado de proximidad. Este derecho se manifiesta en dos formas y con dos -- fundamentos diferentes. Una de ellas, llamada también antiguo derecho de expectativa, es consecuencia o evolución de la comunidad de derecho existente entre padre e hijos sobre todo el patrimonio doméstico. A este tipo corresponden los que suelen -- llamarse derechos de la parte libre, es decir, los derechos según los que el causante sólo podía disponer sobre una parte de su patrimonio mueble e inmueble en perjuicio de sus herederos - con derecho de expectativa. En general, sólo los hijos eran titulares de este derecho; a veces lo fueron también las hijas -

herederas." (26)

Como puede verse el derecho hereditario alemán parte de un derecho fundamental en donde los hijos adquirían bienes - de sus padres cuando estos fallecían. Posteriormente empieza a surgir el testamento como una medida más concreta para la transmisión de los bienes.

La primera manifestación que hubo del testamento fue la de un acto solemne que se efectuaba mediante declaración verbal de la última voluntad hecha por el testador ante un juez o notario. Más tarde surge el testamento privado, concretamente en su forma ológrafa conteniendo la declaración de última voluntad en escritura que llevaba la firma del testador.

Actualmente el testamento puede ser válido aún sin la institución de heredero; de acuerdo con los lineamientos generalmente de la doctrina alemana se ha llegado a definir el testamento como el acto por el cual una persona dispone, para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos; y conforme a la legislación alemana se desprende que el testamento - es un acto personalísimo, individual, solemne y revocable.

(26) Brunner Heinrich. Historia del Derecho Germánico; Según la Octava Edición Alemana de Claudius Von Schwerin, Traducida por José Luis Alvarez López, Editorial Labor, Barcelona, 1936, pág. 244.

La regulación que se hizo del testamento partió de la distinción entre los negocios jurídicos intervivos y mortis causa. Acerca de estos últimos, Enneccerus, Kipp y Wolff dicen -- que: "los negocios mortis causa están destinados a regular las relaciones jurídicas después de la muerte del sujeto del negocio o de uno de los sujetos del negocio, y a dividir el patrimonio. Así, pues, sólo cobran eficacia con la muerte y si el favorecido por ellos sobrevive al sujeto del negocio. Son disposiciones unilaterales de última voluntad (institución testamentaria de heredero). También llamamos negocio jurídico, o más exactamente negocio jurídico conjunto, al acto testamentario o al contrato sucesorio que contiene conjuntamente una pluralidad de instituciones de heredero, legados, nombramiento de tutores y ejecutores testamentarios, etc. En principio, los negocios mortis causa están sujetos a forma. La voluntad interna del declarante puede ser atendida con mayor intensidad que en los negocios de tráfico." (27)

El derecho alemán fué experimentando tal evolución en materia de sucesiones y testamentos que permitió contemplar no sólo al testamento en si mismo, sino también lo que se denomina contrato sucesorio mediante el cual podían establecerse varias instituciones testamentarias.

(27) Enneccerus Ludwig, Theodor Kipp y Martín Wolff, Tratado de Derecho Civil, Traducido por Blas Pérez González y José Alguer, Casa Editorial Bosch, Primer Tomo, Volumen II, Primera Edición, Barcelona, 1951, págs. 73 y 74.

Cabe mencionar que dentro de los diferentes tipos de testamentos se llegó a prever al testamento ológrafo, que será estudiado con más detalle posteriormente.

D. Derecho Italiano.

La legislación italiana tuvo mucha influencia del derecho romano en lo que respecta a las sucesiones y testamentos.

Dentro de la sucesión testamentaria, es decir aquella que tiene su origen en la voluntad del de cujus, es fundamental el concepto de testamento, acerca del cual Francesco Messineo - expresa: "la función del testamento, aquella que el mismo, de ordinario, está destinado a cumplir, es ser el medio jurídico - con el cual el de cuius es puesto en situación de disponer (en todo o en parte) de los propios bienes (acto de contenido patrimonial) -para el tiempo en que habrá dejado de vivir-, destinándolos a uno o más sujetos." (28)

Este mismo autor señala las características que tiene el testamento de acuerdo con la legislación italiana, las cuales son: a) el testamento se manifiesta como negocio jurídico

(28) Messineo Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Traducido por Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Tomo VII, Buenos Aires, 1956, pág. 70.

perteneciente al derecho patrimonial; en este sentido es un acto de disposición patrimonial por causa de muerte, implicando a su vez un medio de atribuir el patrimonio a otras personas.

b) el testamento tiene la función de ser un medio de algunas declaraciones de última voluntad no patrimonial, por -- ejemplo la designación de un tutor o la voluntad que se establece para legitimar o reconocer a un hijo.

c) como aspecto substancial del testamento y para que sea tal, debe contener siempre por lo menos una disposición patrimonial, pues en caso de que sólo hubiera disposiciones no patrimoniales, es evidente que no habría testamento.

d) el testamento a de manifestar verdaderas y propias voluntades; estas han de tener un contenido jurídico. Consecuentemente la expresión de simples deseos no tiene fuerza jurídica y no forman parte del contenido de un testamento.

e) el testamento debe ser un acto espontáneo de la voluntad del testador. Esto no solo con un significado genérico sino también específico en el sentido de que la libertad de la voluntad testamentaria esté salvaguardada por la ley.

f) el testamento puede contener, además de declaracion

nes de voluntad, ciertas declaraciones de ciencia es decir por ejemplo declaraciones de naturaleza confesoria.

Por otro lado, el testamento en el derecho italiano - se considera como escritura y como documento que representa un medio de expresión de las últimas voluntades. Además el testamento formal, revocable, modificable, unilateral, personalísimo y unipersonal. En todo caso su contenido deberá ser lícito y - posible.

Domenico Barbero comenta que en la legislación italiana se conocen dos especies de testamentos; los ordinarios y -- los especiales, agregando que la distinción se caracteriza no - solo por la distinta forma, sino también por un distinto término de eficacia en el tiempo. Así, se refiere a estas dos especies diciendo lo siguiente: "a) Los testamentos ordinarios son los que se pueden hacer en cualquier circunstancia, y como tales si han nacido válidos (salvo el caso de nulidad subsiguiente, por condena al ergástulo o a la pena de muerte), conservan intacto su potencial de eficacia, para el tiempo posterior a la muerte del testador, cualquiera que sea el lapso que separa la confección de él de la condición de eficacia, la apertura de la sucesión, salvo la revocación.

b) Los testamentos especiales, como lo dice el térmi-

no mismo, están permitidos y se efectúan en circunstancias extraordinarias (enfermedades contagiosas, calamidades públicas o accidentes a bordo de nave o de aeronave, en el séquito de las fuerzas armadas), y no conservan eficacia más que dentro de los límites de tiempo suficiente para permitir la confección de un nuevo testamento en las formas ordinarias." (29)

En virtud de las características que tiene el testamento de acuerdo al derecho italiano, ha dicho acertadamente Roberto De Ruggiero que: "De todos los negocios jurídicos patrimoniales, no hay ninguno que supere al testamento, por la importancia de sus efectos, por las solemnidades de forma que le acompañan, por el especial cuidado que la ley dedica a las declaraciones de voluntad y la efectividad de éstos. Acto esencialmente unilateral, espontáneo, revocable, el testamento es la disposición de última voluntad con que una persona determina el destino de su patrimonio después de su muerte y regula las relaciones jurídicas para el tiempo en que no viva ya; esta voluntad se hace efectiva cuando el sujeto no existe, y por ello precisamente más que cualquiera otra declaración impone este respeto y exige obediencia." (30)

(29) Barbero Domenico. Sistema del Derecho Privado, Traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Tomo V, Buenos Aires, 1967, pág. 270.

(30) De Ruggiero Roberto. Instituciones de Derecho Civil, Traducido por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro, Instituto Editorial Reus, Tomo II, Volumen Segundo, Madrid, 1944, pág. 469.

Debido a las características y efectos que se le han asignado en el derecho italiano al testamento, se le ha considerado efectivamente como un acto jurídico de especial importancia.

E. Derecho Español.

El antiguo derecho español comprendió algunas disposiciones de carácter hereditario en las partidas, pero relacionadas con la protección que se daba a algunas mujeres que quedaban viudas, para las cuales se procuraba que recibieran una herencia que les permitiera vivir honestamente. Por lo tanto, se trataba de un derecho limitado con carácter de asistencia o sustento.

Más tarde surgen disposiciones sucesorias para beneficiar a los parientes en línea recta o colateral. El Fuero Juzgo, por su parte sustituyó las disposiciones a favor de las madres viudas, lo que surgió mediante una ley de 1835, para conceder derechos sucesorios a los cónyuges superstites.

Mediante el Ordenamiento de Alcalá se admitieron tres formas de testamento: ante notario y tres testigos; ante cinco testigos sin notario; y ante tres testigos vecinos si no po

dían ser habidos más y si no había tampoco notario.

Posteriormente empezaron a dictarse en España algunas disposiciones que definieron concretamente al testamento. Al respecto José Castan Tobeñas dice: "el proyecto del Código español de 1851 definía el testamento como acto solemne y esencialmente revocable por el que dispone el hombre de todo o parte de sus bienes para después de su muerte en favor de una o más personas. Y el Código vigente dice que el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos los bienes o de parte de ellos se llama testamento (art. 667)." (31)

Este mismo autor enfatiza las características del testamento Español que se resumen en los siguientes aspectos:

1.- Es un acto jurídico Mortis Causa, por lo mismo es un acto unilateral.

2.- Es individual, en el sentido de que ha de ser otorgado por una sola persona, con lo que se rechaza los antiguos testamentos mancomunados.

3.- Es un acto personalísimo, por cuanto su formación

(31) Castan Tobeñas José. Derecho Civil Español Común y Foral, Instituto Editorial Reus, Tomo IV, Madrid, 1944, - págs. 258 y 259.

no se deja al arbitrio de un tercero, ni puede hacerse por medio de un mandatario.

4.- Es un acto libre, pues ha de estar hecho sin violencia, dolo ni fraude.

5.- Es formal o solemne, toda vez que es necesario -- que revista la forma y solemnidades por la ley, bajo pena de nulidad del acto.

6.- Y es esencialmente un acto revocable, de tal manera que son nulas las llamadas cláusulas derogatorias.

En esencia, el testamento en el derecho español se ca racterizó por ser un acto por el cual se dispone, para después de la muerte del autor, de sus bienes. Pero esto último no -- siempre es así ya que existen disposiciones que admiten testamentos en donde no necesariamente se dispone de bienes.

Por esta razón Clemente De Diego afirma que: "El tes tamento es algo más que disposición de bienes: es acto de manifestación de soberanía individual, mejor de autarquía, por el -- * que se cumplen deberes y se ejercitan derechos en el modo como podamos ejercitarlos y disponer de ellos. ¿Qué valor tendría -- si no el llamado testamento del pobre? Puede haber testamento --

además sin disposición de bienes, como aquel en que simplemente se revoque un testamento anterior sin agregar ninguna otra disposición de bienes; ahora, para detener la sucesión legítima o abintestato es preciso que haya disposición de bienes, y en la medida en que lo haya quedará detenida esta sucesión abintestato (arts, 658, 912, núm. 2.º)" (32)

Uno de los aspectos que se enfatizó mucho en el derecho español fue acerca de la naturaleza jurídica del testamento, existiendo al respecto una diversidad de criterios. José - María Manresa resume este debate diciendo que: "Unos opinan -- que constituye un verdadero contrato; otros, que tiene los caracteres de una obligación condicional, y otros, una donación, aunque a veces puede ser forzosa y no nacida de pura liberalidad, sino impuesta por la ley. Pero los términos de la definición consignada en el presente artículo bastan para comprender el carácter jurídico y la esencia de dicha institución. Según ellos, el testamento no es un contrato, ni una obligación condicional, ni una verdadera donación, sino puramente un acto de la voluntad, como dicha definición expresa, mediante el cual una -

(32) De Diego Clemente. Instituciones de Derecho Civil Español, Artes Gráficas Julio San Martín, Tomo III, Madrid, 1959, pág. 30.

persona dispone de sus bienes para después de su muerte." (33)

La opinión dominante que existe en el derecho español sobre la naturaleza jurídica del testamento, es la de un acto jurídico que implica la disposición de los bienes de una persona para después de su muerte.

F. Derecho Argentino.

En el derecho argentino el testamento surgió con posterioridad al régimen de la herencia derivada del vínculo de la sangre, pero más tarde aparece el principio de la autonomía de la voluntad, por el cual se admiten los actos de aquellos que disponen de sus bienes para después de su fallecimiento.

Héctor Lafaille comenta que el testamento argentino fue separándose del criterio romano, mediante el cual se consideraba que la sucesión testada y la intestada eran dos formas incompatibles. En efecto, en la legislación argentina debido a la autonomía de la voluntad que regula el Código Civil si se permitió conunar este tipo de sucesiones, para dar lugar a lo que actualmente se conoce como una sucesión mixta. Así mismo, según el derecho argentino podía prescindirse la institución hereditaria.

(33) Manresa Y Navarro José María. Comentarios al Código Civil Español, Imprenta de la Revista de la Legislación, Tomo V, Madrid, 1896, pág. 389.

El mismo autor antes mencionado tomando como referencia la antigua legislación argentina expresa que el testamento es un acto escrito por el cual una persona dispone de sus bienes para después de su muerte, pero deberá tratarse de una persona legalmente capaz de tener voluntad y de manifestarla, y agrega que los caracteres que reviste el testamento de acuerdo con esa legislación en resumen son: a) Es un acto jurídico, -- puesto que es voluntario, lícito y tiene por fin inmediato modificar el estado de derecho.

b) Es una disposición de última voluntad, no debe producir efecto sino después del fallecimiento del otorgante.

c) Es un acto escrito, condición establecida con el -- propósito de conferir mayor certeza y veracidad a la manifestación del testador.

d) Es un acto solemne.

e) Es un acto de disposición de bienes.

f) Es un acto individual, debe ser efectuado por el -- mismo titular.

g) Debe contener disposiciones precisas en cuanto a --

las personas instituidas o beneficiadas, sea en el carácter de herederos o legatarios.

h) Es eminentemente revocable. (34)

Por otro lado se contemplan varias formas de testamentos en el derecho argentino, las cuales han ido perfeccionándose en virtud de considerarse que todas las formas son esenciales además, según Salvador Fornieles expresa: "Las formas testamentarias tienen por objeto asegurar que el instrumento donde constan las últimas voluntades de una persona es real y verdaderamente suyo, libremente realizado; son medidas protectoras -- contra el fraude, la sugestión o la violencia. Y como el testamento se nos aparece después de fallecido su autor, la ley ha -- extremado las precauciones, decretando formalidades más estrictas que para los actos jurídicos entre vivos." (35)

Los avances que ha experimentado la legislación argentina en materia de testamentos han sido importantes, como se ve rá al tratar lo relativo al testamento ológrafo.

(34) Cfr. Lafaille Héctor. Curso de Derecho Civil - (Sucesiones), Biblioteca Jurídica Argentina, Tomo Segundo, Buenos Aires, 1933, págs. 189 a 193.

(35) Fornieles Salvador. Tratado de las Sucesiones, Tipografía Editora Argentina, Tomo II, Cuarta Edición, Buenos Aires, 1958, pág. 257.

CAPITULO II

El Testamento Ológrafo como acto jurídico.

El origen del Testamento Ológrafo lo encontramos en el derecho romano, concretamente en una constitución de Valentiniano III, así mismo en el código de Justiniano se regulaba esta forma de testamento.

La etimología del testamento ológrafo la encontramos en los vocablos griegos olós, que significa entero, y grafein, escribir. Por lo tanto la palabra ológrafo se refiere a escribir por entero algo.

La definición etimológica concuerda con el concepto dado por la mayoría de las legislaciones y autores, nuestro código civil dice en su artículo 1550: "Se llama testamento ológrafo al escrito de puño y letra del testador." Complementando la anterior idea el artículo 1551 del mismo ordenamiento legal dispone que esta clase de testamento para que sea válido "deberá estar totalmente escrito por el testador y firmado por él, con expresión del día, mes y año en que se otorgue."

Como puede verse el testamento ológrafo es el escrito por entero, de puño y letra y firmado por el propio testador. Ahora bien, queda claro que la conducta realizada por el testa-

dor en dichos términos constituye un acto jurídico. Por esta razón resulta pertinente considerar los aspectos fundamentales del acto jurídico.

El profesor Gutiérrez y González dice al respecto que el acto jurídico es: "la manifestación exterior de voluntad -- que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho, y que produce el efecto deseado por su autor, porque el derecho sanciona esa voluntad." (36)

El testamento ológrafo debe ser visto como un acto jurídico, ya que precisamente contiene la manifestación exterior de voluntad que hace el testador con el fin de transmitir el -- caudal hereditario, produciéndose el efecto deseado en virtud -- de que el derecho, concretamente nuestro código civil sanciona esa manifestación de voluntad.

De acuerdo con una clasificación que se hace de los -- actos jurídicos en unilaterales y bilaterales o plurilaterales, puede afirmarse que el testamento ológrafo representa un acto -- jurídico unilateral, caracterizado en que para su formación solo interviene una voluntad, en este caso la del testador; a di -- ferencia de los actos jurídicos bilaterales o plurilaterales --

(36) Gutiérrez y González Ernesto. Derecho de las -- Obligaciones, Editorial Cajica, Quinta Edición, Puebla, México, 1979, pág. 124.

que son aquellos que para su formación se requiere la intervención de dos o más voluntades que buscan producir efectos jurídicos.

Como todo acto jurídico, el testamento ológrafo tiene elementos esenciales y requisitos de validez que serán analizados por separado.

1. Elementos Esenciales.

A. Voluntad.

El testamento ológrafo como todo acto jurídico implica la manifestación de voluntad de quien lo hace, la cual constituye uno de los elementos esenciales.

Dicha manifestación de voluntad debe hacerla el testador en forma clara y expresa, por lo tanto es inadmisible una manifestación de voluntad tácita. Además por tratarse de un testamento escrito de puño y letra por el propio testador deberá realizarse libre de cualquier vicio que atente contra su voluntad.

En relación con esto debe enfatizarse que es fundamental la relación que debe existir entre la voluntad y la declaración

ción de esa voluntad. En este caso es suficiente que sea cierta la intención y voluntad del testador al disponer de sus bienes, lo que deberá exteriorizar claramente al momento de realizar su testamento.

Queda claro que la voluntad del testador no debe ser viciada por ningún motivo, por ello llega a admitirse la posibilidad de que se hagan tachaduras y enmendaduras, que deberán -- ser salvadas por el propio testador bajo su firma, pero que al permitirse esto se percibe la facultad que se le da de que manifieste su voluntad declarándola expresamente y de la forma más clara posible.

En el testamento, su autor expresa su voluntad pudiendo disponer de la totalidad o parte de sus bienes, pero es evidente que en todo caso lo hace con la intención de producir efectos jurídicos, es decir, procurando que la sanción de las leyes sea sobre su voluntad que ha declarado.

En consecuencia, podemos concluir diciendo que la manifestación de la voluntad, en el testamento ológrafo, se presenta en el momento mismo en que el testador elabora con su puño y letra la determinación del destino de sus bienes para después de su muerte.

B. Objeto.

En términos generales encontramos que el objeto en -- los testamentos consiste en la determinación de herederos y legatarios, o en la declaración y cumplimiento de ciertos deberes o ejecución de determinados actos jurídicos. Esto hace que los testamentos puedan tener un objeto variado, pero en todo caso -- implica la transmisión de derechos o deberes.

Rafael Rojina Villegas expresa en relación con este -- aspecto que: "A pesar de esta naturaleza compleja en el objeto del testamento, la ley regula el objeto principal, o sea la institución de herederos o legatarios. Normalmente se supone que todo testamento tiene disposición de bienes y, por consiguiente institución de herederos o legatarios; tomando en cuenta que -- ésa es la situación de un testamento regular, el legislador re--glamenta este elemento a través de su manifestación principal, pero admite la posibilidad de que el objeto en el testamento -- puede ser diverso y que exista a pesar de que no haya institu--ción de herederos o legatarios." (37)

En efecto, es posible que no exista institución de heredero o legatario en un testamento y a pesar de ello sería vã--

(37) Rojina Villegas Rafael, Op. cit. pág. 301.

lido, ya que su objeto puede consistir en la ejecución de un acto o cumplimiento de un deber determinado.

Esto se corrobora con los artículos 1378 y 1379 del Código Civil para el Distrito Federal, los cuales señalan textualmente lo siguiente: "Art. 1378 El testamento otorgado legalmente será válido, aunque no contenga institución de heredero y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar."

"Art. 1379 En los tres casos señalados en el artículo anterior, se cumplirán las demás disposiciones testamentarias que estuvieran hechas conforme a las leyes."

Por lo tanto, el testamento ológrafo puede tener un objeto muy variado que va desde la institución de herederos y legatarios hasta la declaración de deberes y actos específicos, por consiguiente puede afirmarse que es muy amplia la concepción de este elemento en el testamento en estudio.

Lo que si es importante establecer es que como en todo acto jurídico el objeto debe ser posible, pues de lo contrario el testamento será inexistente.

En este aspecto puede considerarse que el objeto debe

ser posible tanto desde el punto de vista físico como jurídico. En el primer caso cuando se trata de una transmisión de bienes, es necesario que éstos existan o puedan existir en la naturaleza para que sea físicamente posible su transmisión.

En cuanto a la posibilidad jurídica no basta que los bienes existan en la naturaleza, sino que se requiere además que estén en el comercio y que sean determinados o determinables, pues de lo contrario habrá una imposibilidad jurídica que produce la inexistencia del testamento.

En realidad la imposibilidad jurídica se presenta concretamente en los legados, toda vez que a los herederos al transmitírseles un patrimonio no hay problema de determinación individual de la cosa, en cambio en los legados se requiere una determinación que aún cuando sea individual, por lo menos debe ser genérica, y si el testador no fija ningún criterio para llegar a la determinación individual o específica, mediante el género, cantidad y calidad, no podrá cumplirse el legado por imposibilidad jurídica ya que el bien no fue determinado.

Por otra parte, Rojina Villegas expresa también que puede haber imposibilidad jurídica: "Cuando los derechos y obligaciones que pretendan transmitirse por herencia, se extingan por la muerte. Solo son susceptibles de transmitir por herencia

según lo define el código los bienes, derechos y obligaciones - que no sean vitalicios. Por tanto, si el testador se propone - transmitir, por ejemplo, su derecho de uso, de habitación o de usufructo existe una imposibilidad para que lo haga, desde el - punto de vista jurídico." (38)

Esta forma de imposibilidad jurídica puede darse en - el testamento ológrafo y tanto en el caso de la herencia, como del legado, ya que el testador no puede transmitir a título universal o particular derechos u obligaciones que se extinguen -- con la muerte.

2. Requisitos de Validez.

A. Capacidad para Testar.

Al igual que los demás actos jurídicos, el testamento debe reunir requisitos de validez entre los que esta la capacidad para testar. Como se dijo la regla general es que todo aquel que no esta afectado por una causa de incapacidad puede otorgar el testamento. Así, las dos excepciones que encontramos son la falta de edad y la demencia.

Por lo que se refiere a la edad, el Código Civil ha -

(38) Rojas Villegas Rafael, Op. cit. pág. 304.

señalado que los menores que hallan cumplido dieciseis años pueden otorgar testamento. Sin embargo, tratándose concretamente del testamento ológrafo el artículo 1551 del ordenamiento legal antes invocado dispone que: "Este testamento sólo podrá ser otorgado por las personas mayores de edad ...".

La mayoría de edad en nuestro derecho positivo mexicano se adquiere a los dieciocho años, por lo tanto sólo las personas que han alcanzado esta edad están en aptitud, es decir, tienen la capacidad para otorgar el testamento ológrafo.

Consecuentemente, como incapacidad especial para el caso del testamento ológrafo encontramos precisamente la falta de edad, que en la especie sería ser menor de dieciocho años. En tal supuesto, una persona que tuviera diecisiete años de edad tendría capacidad para otorgar cualquier otro tipo de testamento exceptuando el ológrafo, ya que para este estaría en incapacidad legal.

B. Voluntad libre y cierta.

El acto jurídico tiene además de la capacidad, la manifestación de voluntad libre y cierta como requisito de validez esto significa que esté exento de vicios. En el caso del

testamento ológrafo es necesario que el testador manifieste su voluntad con plena libertad y de una manera cierta de lo contrario estará afectada por alguno de los vicios de la voluntad como sería la violencia, el error o el dolo.

En relación con este testamento no se ha considerado que la enajenación o la minoría de edad destruya la voluntad, - consecuentemente los vicios de voluntad que pudieran darse en - estos casos sólo producirían nulidad y no inexistencia, excepto tratándose de la enajenación mental absoluta o respecto de los actos ejecutados por infantes.

Existe otra clase de error denominado error-nulidad - que vicia la nulidad y éste sí puede darse en los testamentos - en general, ya que recae sobre el motivo determinante de la voluntad, de tal modo que de haberse conocido no hubiera otorgado el testamento.

El único precepto del Código Civil para el D.F. que - menciona lo relativo a este vicio de la voluntad es el 1301 que textualmente dice: "Las disposiciones hechas a título univer-- sal o particular no tienen ningún efecto cuando se funden en -- una causa expresa que resulte errónea, si ha sido la única que determinó la voluntad del testador."

De acuerdo a este precepto cuando existe una causa --

errónea en el testamento y que sea la causa única que determinó la voluntad del testador quedará sin efecto jurídico, es decir, estará afectado de nulidad.

Otro de los vicios de la voluntad que puede afectar a los actos jurídicos en general es la violencia, misma que puede darse en el testamento ológrafo impidiendo que el testador exprese su voluntad de una manera libre.

El artículo 1485 del Código Civil para el D.F. prevé la violencia en los casos de testamento, la cual en caso de existir hará nulo el mismo. No obstante, el artículo 1486 del mismo ordenamiento legal prevé la posibilidad de que una vez que cese la violencia se pueda rivalidar el testamento con las mismas solemnidades que si lo otorgara de nuevo, ya que si no es así será nula la convalidación.

También el dolo y el fraude se presentan como vicios de la voluntad en el testamento y consiste: "el primero en el empleo de maquinaciones o artificios para inducir a error o man tenerio en él, al cocontratante, es este caso, al testador; el fraude consistiría en el silencio para mantener al testador en el error que sufre; el dolo es activo y el fraude es pasivo; - en el testamento sólo puede provenir de un tercero ajeno al tes tamento." (39)

(39) Aguilar Carbajal Leopoldo, Op. cit. pág. 292.

De acuerdo con el artículo 1487 del Código Civil es nulo el testamento en el cual existen estos vicios de dolo o fraude, existiendo en la especie una nulidad absoluta ya que el acto no puede convalidarse por el testador.

Según nuestra legislación vigente son solamente el error-nulidad, la violencia, el dolo y el fraude los vicios de la voluntad que pueden afectar a los testamentos en general y concretamente al testamento ológrafo, por lo que una vez que se de alguno de esos vicios producirá que la voluntad del testador deje de ser libre o cierta causando la nulidad del testamento.

C. Licitud en el Objeto.

Todo acto jurídico debe tener un objeto lícito, de lo contrario se producirá la nulidad del mismo, ya sea absoluta o relativa.

Este mismo criterio puede ser aplicado concretamente a los testamentos en general, entre ellos el ológrafo.

En efecto el artículo 2225 del Código Civil para el D.F. señala que: "La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relati--

va, según lo disponga la ley."

De acuerdo con este precepto es posible que un testamento se vea afectado de ilicitud, la cual podría darse tanto - en el objeto como en condiciones específicas que pudieran establecerse, por ejemplo, una persona señala que se entreguen sus bienes a título de herencia a otra con la condición de que sean destinados a actos delictuosos, en este caso habrá ilicitud lo que trae por consecuencia que el testamento se vea afectado de nulidad.

Ahora bien, en virtud de que las disposiciones referidas a los testamentos no mencionan específicamente lo relativo a la ilicitud en el objeto y la clase de nulidad que en su caso se daría, en consecuencia considero que al haber ilicitud en algún testamento se daría la nulidad absoluta.

En otras palabras tenemos que el objeto que se persiga por medio de algún testamento, deberá ser conforme a la ley y a las buenas costumbres, de lo contrario estará afectado de - ilicitud dando lugar a la nulidad absoluta.

D. La Formalidad.

La formalidad en los testamentos ha ido cambiando a -

través de la historia procurándose cada vez más su simplificación. No obstante, el testamento en general al ser un acto jurídico solemne siempre va a requerir formalidades específicas para que pueda otorgarse.

Rafael Rojina Villegas resume las formalidades generales de los diferentes testamentos señalando las siguientes características: 1.- Continuidad en el acto, lo que significa -- que no debe haber interrupción en la práctica de las formas exigidas para cada uno de los testamentos.

2.- Presencia de testigos, comunmente tanto los testamentos ordinarios como especiales se hacen ante testigos, y en algunos casos se exige además la intervención de un notario.

3.- Identidad del testador y su capacidad, que debe ser conocida y apreciada por los testigos y por el notario en su caso. Además de la identidad han de manifestar los testigos que el testador se encuentra en su cabal juicio y libre de toda coacción.

El autor mencionado concluye diciendo a este respecto que: "Además de estas formalidades generales para el otorgamiento de testamentos, se exige un conjunto de requisitos en su redacción, evitando que haya hojas en blanco, abreviaturas, que -

se borren palabras o que se corrijan en forma que induzca a duda. Estos requisitos están mencionados imponiéndose multas a todos aquellos que intervengan en la redacción de los testamentos, especialmente a los notarios." (40)

Ahora bien, el testamento ológrafo tiene algunas formalidades específicas de acuerdo a nuestra legislación vigente y que son las siguientes:

Primeramente encontramos como característica peculiar de esta clase de testamentos el que deba ser escrito completamente de puño y letra del testador, firmado por él mismo y con la expresión del día, mes y año en que se otorgue.

Otro requisito importante es que sólo puede ser otorgado un testamento ológrafo por las personas mayores de edad. En relación con el testador, el Código Civil para el D.F. admite la posibilidad de que los extranjeros otorguen testamento ológrafo en su propio idioma, siempre y cuando se reúna también la formalidad de ser escrito totalmente por el testador y firmado por él.

En caso de que haya palabras tachadas, enmendadas o

(40) Rojina Villegas Rafael, Op. cit. pág. 368.

entre renglones, las podrá salvar el testador bajo su firma, la omisión de esta formalidad afecta la validez de esas palabras - pero no al testamento en general.

Otra formalidad del testamento ológrafo es que debe - hacerse necesariamente por duplicado, debiendo imprimir el testador su huella digital en cada ejemplar. El original de dicho testamento irá dentro de un sobre cerrado y lacrado para ser depositado en el Archivo General de Notarías; el duplicado también ha de ir cerrado en un sobre lacrado, el cual una vez extendida la constancia por el encargado de la oficina del Archivo General de Notarías será devuelto al testador, pudiendo ponerse en los sobres que contengan los testamentos, los sellos, señales o marcas que estime necesarios para evitar violaciones.

En caso de que el original depositado sea destruido o robado se tendrá como testamento formal el duplicado. En virtud de que el depósito que se hace del testamento ológrafo en el Archivo General de Notarías es uno de los aspectos formales de mayor trascendencia, es conveniente enfatizar el trámite que para este fin se sigue.

De acuerdo con el artículo 1554 del Código Civil vigente: "El depósito en el Archivo General de Notarías se hará personalmente por el testador quien si no es conocido del encar

gado 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 se-
rá firmada por el testador y por el encargado de la oficina. -
En caso de que intervengan testigos de identificación, también
firmarán."

Por su parte el encargado de la oficina ha de poner -
la siguiente constancia en el mismo sobre cerrado el cual debe
decir: "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 du-
plicado."

Se acentará también el lugar y la fecha en que extienda la constancia que firmará el encargado de la oficina y el --
testador, así como testigos de identificación en su caso. (Ar-
tículo 1555 del Código Civil para el D.F.).

Se prevé que en caso de que el testador estuviere im-
posibilitado para hacer personalmente la entrega de su testamento en la oficina del Archivo General de Notarías, el encargado
de esta oficina podrá concurrir al lugar donde se encuentre el

testador, para cumplir las formalidades relativas al depósito.

Por su parte el artículo 1557 del ordenamiento legal antes invocado dispone que: "Hecho el depósito, el encargado del Archivo General de Notarías tomará razón de él en el libro respectivo, a fin de que el testamento pueda ser identificado, y conservará el original bajo su directa responsabilidad hasta que proceda a hacer su entrega al mismo testador o al juez competente."

De acuerdo con el artículo 93 de la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal, encontramos que: "Por los servicios que preste el Archivo General de Notarías, se pagarán los mismos derechos que para el registro público de la propiedad o del comercio establece esta sección."

Ahora bien, el artículo 88 de la misma Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal, precisa los derechos que se han de pagar aplicables a los testamentos ológrafos especificándose cada uno de ellos en los siguientes términos: "Por los actos que a continuación se mencionan se pagarán derechos conforme a las siguientes cuotas:

I.- Depósito de testamentos ológrafos en el Registro Público de la Propiedad:

a) Si fueren hechos en los locales de las oficinas --

- respectivas, en horas hábiles \$ 117,000
- b) Si fueren hechos en los locales de las oficinas --
respectivas, en horas inhábiles \$ 171,000
- c) Si fueren hechos fuera de los locales de las ofici
nas respectivas, en horas hábiles \$ 233,000
- d) Si fueren hechos fuera de los locales de las ofici
nas respectivas, en horas inhábiles \$ 351,000 "

Finalmente, en cuanto al depósito encontramos que al ser el testamento un acto revocable el testador puede retirar - el original en cualquier momento del Archivo General de Nota--- rías, en cuyo caso se hará constar el retiro en una acta firma- da por el testador o su mandatario y el encargado de la ofici- na. (Artículo 1558 del Código Civil para el D.F.).

Otra formalidad relativa a esta clase de testamentos es la declaración judicial de ser formal el testamento ológra- fo; dicha declaración esta prevista en el propio Código Civil destacando los siguientes artículos:

"Art. 1559.- 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 tes- tamento ológrafo del autor de la sucesión, para que en caso de que así sea se le remita el testamento."

"Art. 1560.- 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."

"Art. 1561.- Recibido el testamento, el juez examinará la cubierta que lo contiene para cerciorarse de que no ha sido violada, hará que los testigos de identificación que residieren en el lugar reconozcan sus firmas y la del testador, y en presencia del Ministerio Público, de los que se hayan presentado como interesados y de los mencionados testigos abrirá el sobre que contiene el testamento. Si éste llena los requisitos mencionados en el artículo 1551 y queda comprobado que es el mismo que depositó el testador, se declarará formal el testamento de éste."

Existe otro supuesto en el cual es posible declarar formalmente testamento ológrafo el duplicado, pero únicamente en aquellos casos en los cuales el original depositado haya sido destruido o robado, siendo necesario además para que la declaración se haga que se siga el procedimiento para su apertura.. (Artículo 1562 del Código Civil para el D.F.).

CAPITULO III

Validez e Ineficacia del Testamento Ológrafo.

Los actos jurídicos en general además de los elementos de existencia deben cumplir con los requisitos de validez y también con los requisitos de eficacia.

Los testamentos por ser actos jurídicos deben satisfacer de igual manera todos los elementos y requisitos para que produzcan efectos jurídicos plenos.

Por lo que se refiere a los elementos de existencia o esenciales ya vimos que son dos; el relativo a la voluntad y otro referente al objeto.

Tratándose de los requisitos de validez aplicables al testamento ológrafo se han comentado ya los siguientes: la capacidad para testar, la voluntad libre y cierta, la licitud en el objeto y la formalidad.

Si el testamento ológrafo reúne los elementos y requisitos antes enunciados podemos decir que es existente y válido, pero además es necesario que se reúnan, los requisitos de eficacia que en relación con esta clase de testamentos puedan existir ya que de lo contrario estaremos ante los supuestos de in-

ficacia.

En el presente capítulo corresponde analizar precisamente lo relativo a la validez e ineficacia del testamento ológrafo. Tratándose de la ineficacia diremos primeramente que de una manera general, es decir aplicándola al acto jurídico, antes de hacerlo en relación con el testamento ológrafo como se hará en su oportunidad, encontramos que se trata de situaciones de tiempo o conductas positivas o negativas ya sea que fije la ley o pacten las partes, para que el acto jurídico genere plenamente sus consecuencias o solamente algunas de ellas.

De acuerdo con lo anterior habrá ineficacia en un acto jurídico cuando a pesar de ser existente y plenamente válido no genera sus consecuencias de derecho, ya sea por situaciones de tiempo o por conductas positivas o negativas necesarias al respecto.

En el caso del testamento ológrafo veremos cuales son los requisitos de eficacia que pueden existir los que en caso de no cumplirse darán lugar a la ineficacia, pero antes es necesario referirnos previamente a la validez.

1. Validez.

Para que exista cualquier acto jurídico se requiere - que reúna los elementos esenciales que son la voluntad y el objeto; pero es necesario además que concurren algunos requisitos para que tenga plena validez.

Los testamentos en general deben reunir los requisitos de validez al igual que los demás actos jurídicos. Así, podemos afirmar que hay validez en un testamento cuando además de estar integrado debidamente mediante la reunión de los elementos de existencia, cuenta con los requisitos siguientes: capacidad para testar; voluntad libre y cierta, es decir exenta de vicios; licitud en el objeto; y cumplir con las formalidades prescritas por la ley.

En el capítulo anterior vimos como los requisitos antes enunciados concurren en el testamento ológrafo, por lo tanto, en caso de que un testamento de esta clase no reúna los requisitos enunciados estaremos en presencia de una causa de invalid lidez que naturalmente afectará la producción de los efectos -- del testamento respectivo.

En relación con la invalidez de los testamentos, Antonio De Ibarrola expresa las siguientes causas por las cuales --

procede la invalidez: "a) Cuando en el testamento no han con--
currido las solemnidades y requisitos necesarios para su vali--
dez...

b) Cuando cambia la voluntad del testador; entonces
éste REVOCA el testamento anterior, que en la hipótesis se supo
ne válido.

c) Por privar la ley de eficacia a algunos actos de -
última voluntad, dando por caducada la disposición testamenta--
ria. Hoy, a diferencia de lo que acaecía en Derecho Romano, si
se anula alguna disposición testamentaria, quedan subsistentes
las demás.

d) Cuando el fin que se propone el testador sea ilícito:
entonces la nulidad es absoluta... " (41)

El autor citado comprende dentro de las causas de in-
validez algunos casos de ineficacia lo cual es impropio ya que
debe hacerse una clara separación entre estos conceptos. En e-
fecto, cuando haya alguna causa de invalidez se ve afectado el
testamento en algún requisito fundamental que impide que produz-
ca sus efectos por carecer de validez; en cambio cuando haya -

(41) De Ibarrola Antonio. Cosas y Sucesiones, Editó-
rial Porrúa, Quinta Edición, México, 1981, pág. 711.

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

alguna causa de ineficacia el testamento será existente y válido pero no producirá consecuencias de derecho por no haberse -- reunido algunos requisitos.

Para entender aún más lo expuesto es necesario considerar aparte la ineficacia y sus causas principales.

2. Ineficacia.

Para entender lo que es la ineficacia debemos considerar primeramente que todos los actos jurídicos en general dan lugar a que surjan, se modifiquen o se extingan algunos derechos y obligaciones, para tal efecto se establecen requisitos de eficacia que deberán ser cumplidos pues en caso contrario el acto será existente, válido, pero ineficaz, por lo tanto no se cumplirá todas las consecuencias jurídicas procedentes.

Cuando los requisitos de eficacia crean deberes y facultades estaremos en presencia de la llamada eficacia constitutiva; cuando los modifica solamente habrá eficacia modificativa y cuando los extingue habrá una eficacia resolutoria.

Ahora bien, no todos los casos de eficacia se dan de manera inmediata, sino que hay algunos actos jurídicos que seña

lan requisitos de eficacia dependiendo de sucesos futuros, en este caso existirá una eficacia diferida en contraposición a la eficacia inmediata.

Cuando la eficacia es diferida pueden darse dos su---
puestos principales que son: eficacia sujeta a término en la -
cual deberá surgir algún acontecimiento cierto y futuro; efica
cia sujeta a condición es cuando depende de un acontecimiento -
venidero que es contingente y cierto.

En el primer caso cuando el acontecimiento futuro y -
cierto es además inevitable, el término es suspensivo, mismo --
que a su vez puede condicionar el nacimiento o modificación de
determinadas consecuencias jurídicas entonces puede ser consti-
tutivo o modificativo. En cambio, cuando el término consiste -
en la extinción de alguna relación jurídica se dice que es fi--
nal extintivo.

En cuanto a la eficacia sujeta a condición Eduardo --
García Maynes expresa que estos casos suelen ser clasificados -
en: "suspensivas, modificativas y resolutorias, según que apl
cen el nacimiento de determinados deberes y derechos, los modi-
fiquen o aniquilen." (42)

(42) García Maynes Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, Trigésimo Novena Edición, Méxi--
co, 1988, pág. 179.

De acuerdo con lo antes expuesto y según el autor antes citado puede resumirse lo relativo a la eficacia en el siguiente cuadro sinóptico.

		Constitutivos.	
	A.- DE EFICACIA INME-	Modificativos.	
	DIATA.	Extintivos.	
			Consti-
HECHOS	a). Término.	1.- Suspensivo	tutiva.
JURIDI-			Modifi-
COS			cativa.
	B.- DE EFICACIA		
	DIFERIDA	2.- Final o extintivo.	
		Suspensiva.	
	b). Condición.	Modificativa.	
		Resolutoria.	

El testamento ológrafo como todo acto jurídico puede contener algunos requisitos de eficacia que en este caso llegan a ser más de carácter diferido, por lo tanto pueden darse concretamente requisitos de eficacia sujetos a término o a condición, por ejemplo cuando el testador manifiesta que parte de su herencia corresponderá a uno de sus sobrinos en caso de que cumpla con alguna condición, como sería realizar algunos actos ju-

rídicos a favor de personas designadas por el testador.

En caso de que no se cumplieran los requisitos de eficacia ya sea de término o de condición que pudiera señalar el testador surgiría entonces la ineficacia del testamento. Esto significa que el testamento podría ser existente y plenamente válido, pero sería ineficaz, es decir que no surtiría efectos o consecuencias jurídicas.

En relación con la ineficacia, aunque referida al acto jurídico en general, Raúl Ortiz Urquidi expresa: "existen negocios que sin ser nulos, son, sin embargo, ineficaces, como los sujetos a una condición suspensiva, que siendo perfectamente válidos, son, no obstante, ineficaces mientras la condición no se realice; o los negocios sujetos a una condición resolutoria que también son válidos, pero que pierden su eficacia cuando la condición se cumple." (43)

Por otra parte conviene precisar que la ineficacia es distinta de la invalidez. Por lo tanto, la actividad que realizan los particulares para producir consecuencias de derecho debe ajustarse a los elementos y requisitos que las normas jurídicas

(43) Ortiz Urquidi Raúl. Derecho Civil, Parte General, Editorial Porrúa, Segunda Edición, México, 1982, pág. 536.

cas establezcan. Tratándose del testamento ológrafo hemos visto ya los elementos esenciales y requisitos de validez del mismo, los cuales si no se cumplen darán lugar a la inexistencia o a la inválidez respectivamente. En cuanto a los requisitos de eficacia, más que fijados por la ley llegan a ser establecidos por los mismos testadores y en caso de que no se cumplan habrá ineficacia.

Distinguiendo la ineficacia de la invalidez Ignacio Galindo Garfias expresa: "El acto puede ser ineficaz desde su origen, porque la voluntad de las partes no sea seria, o porque nacido el acto, durante el transcurso de su existencia surja al alguna circunstancia que lo prive de eficacia, por ejemplo, la falta de realización de la condición suspensiva, bien porque -- los autores del acto, convengan de hacer cesar sus efectos o -- porque se cumpla la condición resolutoria o llegar el momento -- del vencimiento del término extintivo (ineficaz para lo futuro) que las partes han estipulado como una modalidad del contrato o bien finalmente porque se trata de un acto inválido. En cambio el acto inválido es aquel que por tener defectos en su forma---ción no es idóneo para producir efectos jurídicos." (44)

De acuerdo con lo anterior es evidente la distinción

(44) Galindo Garfias Ignacio. Derecho Civil, Primer Curso, Editorial Porrúa, Sexta Edición, México, 1983, pág. 265.

entre invalidez e ineficacia; la primera se refiere a defectos que hay en la formación del acto jurídico o testamento en este caso, lo que trae por consecuencia que no se producirán los --- efectos jurídicos; mientras que en la ineficacia el acto jurídico o testamento es plenamente válido, pero al no cumplirse al gunos términos o condiciones no surtiría efectos jurídicos en - relación con los mismos.

Ahora bien, hablando concretamente de la ineficacia - en los testamentos, Arturo Fernández Aguirre manifiesta que: - "Son tres los casos en que un testamento puede ser ineficaz ... cuando el testamento es nulo; cuando ha sido revocado y cuando resulta caduco. Cualquiera de estas tres causas, nulidad, revo cación o caducidad, impiden la ejecución del testamento; en al gunos casos en su totalidad y en otros casos solamente en la -- parte afectada." (45)

Debe destacarse que el resultado de la ineficacia es, como lo señala el autor citado, que el testamento no será ejecu tado, es decir no producirá sus efectos jurídicos, ya sea en su totalidad o parcialmente cuando se refiera o concrete a la parte afectada del testamento.

En virtud de que la legislación mexicana no hace una

(45) Fernández Aguirre Arturo, Op. cit. pág. 492.

distinción clara entre invalidez e ineficacia cuando habla el Código Civil del Distrito Federal en su libro de obligaciones de la inexistencia y de la nulidad, disposiciones que llegan a ser aplicables a los testamentos ológrafos en consecuencia resulta difícil conforme al ordenamiento legal invocado establecer distinciones respecto a los conceptos antes mencionados, no obstante es necesario analizarlos por separado para ver su aplicación concreta en relación con el testamento ológrafo. Por lo tanto, y para que el estudio sea completo se tratará lo relativo a la inexistencia, nulidad, caducidad y revocación lo que se hará en los apartados siguientes.

A. Inexistencia.

Antes de hablar concretamente de la inexistencia en el testamento ológrafo mencionaremos en primer lugar cual es el criterio que sigue el Código Civil para el Distrito Federal respecto a la inexistencia en general de los actos jurídicos.

De acuerdo con el artículo 2224 del ordenamiento legal antes enunciado: "El acto jurídico inexistente por falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado."

En base a este precepto encontramos que la inexistencia tiene lugar cuando al acto jurídico le falta uno de sus elementos esenciales, o sea, el relativo al consentimiento y el -- que se refiere al objeto. En caso de que opere la inexistencia el efecto principal es que no se producen consecuencias de derecho, es decir se considera que el acto no tiene vida jurídica, y en caso de que se llegaren a producir algunas consecuencias -- no serían desde el punto de vista jurídico sino como un simple hecho material.

Es importante destacar que cuando hay inexistencia el acto no puede confirmarse ni tampoco opera la prescripción, además puede ser invocada por cualquier persona interesada. Esto hace que la inexistencia de los actos jurídicos no permita ninguna convalidación sino más bien la realización de acto que reúna todos los elementos esenciales para que sea jurídicamente -- existente.

En el aspecto doctrinario encontramos que la teoría clásica que define los actos inexistentes, los concibe como: -- "aquellos que no reúnen los elementos de hecho que supone su naturaleza o su objeto, y en ausencia de los cuales es lógicamente imposible concebir su existencia." (46)

(46) Borja Soriano Manuel, Citado en el Diccionario Jurídico Mexicano, Op. cit. Tomo V, pág. 96.

Respecto a la inexistencia, Rojina Villegas dice que: "tiene tres aspectos: el de ser oponible por cualquier interesado, el de ser imprescriptible y el de ser inconfirmable. De estas tres características desprende la afirmación de que la -- inexistencia no se intenta en forma de acción ni de excepción; no es necesario seguir un juicio ejercitando una acción para -- que se declare, ni tampoco se requiere oponer una excepción en el momento preciso al contestar la demanda para que el juez la tome en cuenta. En cualquier momento del juicio, cuando un acto inexistente perjudique los derechos de cualquiera de los litigantes, puede invocarse la inexistencia de ese acto para que el juez simplemente en su sentencia la reconozca sin declarar-- la, porque la inexistencia no se declara, sino sólo se reconoce que el acto inexistente no tiene ningún valor jurídico." (47)

Considero que aún cuando la inexistencia puede interponerse en cualquier etapa de un juicio no es del todo exacto - que el juez se limite a reconocerla, pues en el supuesto de que un acto jurídico tuviera que ser reconocido como inexistente -- por falta de consentimiento o de objeto, sería necesario demostrarlo lo que provocaría el estudio respectivo por parte del -- juez y su declaración judicial.

(47) Citado por Araujo Valdivia Luis. Derecho de -- las Cosas y Derecho de las Sucesiones, Editorial José M. Cajica Jr, Segunda Edición, Puebla, México, 1972, págs. 556 y 557.

Con lo expuesto podemos apreciar que los actos jurídicos pueden ser inexistentes. Ahora bien, corresponde aplicar - estas ideas a la materia testamentaria y en principio encontramos que la conformidad con el Capítulo IX del Título Segundo, - del Libro Tercero del Código Civil para el Distrito Federal -- que trata "De la nulidad, revocación y caducidad de los testamentos"; en este capítulo no se habla en ninguno de sus preceptos de inexistencia lo que da la impresión de que esta figura - jurídica no se aplica en relación con los testamentos.

No obstante lo anterior, podemos considerar que de acuerdo con algunos autores extranjeros se habla de inexistencia testamentaria y concretamente referida al testamento ológrafo.

En efecto, Guillermo Cabanellas define el acto inexistente diciendo que es: "Tanto el simulado, por no tener valor para el Derecho, como aquel en que se frustra la intención de - las partes al faltar un elemento esencial, o la forma necesaria, o bien por carecer de objeto, o causa, cual un testamento ológrafo sin firma ni fecha. Ni uno ni otro poseen vida jurídica." (48)

Según este autor, la firma y fecha en el testamento -

(48) Cabanellas Guillermo, Op. cit. Tomo I, pág. 95.

ológrafo es tan importante que si carece de esto será inexistente. En términos similares se expresa Héctor Lafaille al decir que: "La firma del testamento ológrafo representa, quizá, su elemento más esencial y característico, y desde luego es el que demuestra la conformidad definitiva del causante con las últimas disposiciones, que no bastarían con que fueran de su puño y letra y que tuvieran la fecha para considerarse como jurídicamente eficaces." (49)

Por lo que respecta a nuestro derecho mexicano tenemos que con fundamento en el artículo 1551 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, la firma del testador, así como la fecha se consideran importantes para la validez del testamento ológrafo, pero no para su existencia. Concretamente el primer párrafo del precepto invocado dice lo siguiente: "Este testamento sólo podrá ser otorgado por las personas mayores de edad, y para que sea válido, deberá estar totalmente escrito por el testador y firmado por él, con expresión del día, mes y año en que se otorgue."

De lo anterior se deduce que al no haber ninguna norma general ni especial que trate sobre la inexistencia del testamento ológrafo, ni es posible afirmar que este adquiera el ca

(49) Lafaille Héctor, Op. cit. pág. 237.

rácter de testamento inexistente en nuestro derecho mexicano. - En cambio si puede darse su nulidad como se verá en el apartado que sigue.

B. Nulidad.

Siguiendo el orden de los incisos anteriores veremos primeramente lo relativo a la nulidad de una manera general es decir refiriéndola al acto jurídico, para después considerarla en los testamentos y especialmente lo procedente al testamento ológrafo.

La nulidad ataca al acto jurídico al haberse realizado este de una manera imperfecta, esto significa que carece de alguno de los requisitos exigidos por la ley. Por lo tanto, el acto es existente pero carecerá de validez por no reunir alguno de los requisitos necesarios para que produzca todos sus efectos, no obstante es posible que el acto viciado de nulidad produzca algunas consecuencias de derecho, sin embargo, estas serán destruidas retroactivamente una vez que se declare la nulidad.

De acuerdo con la teoría clásica de las nulidades tenemos que se distingue entre nulidad absoluta o de interés general y nulidad relativa o de interés particular. De acuerdo con Bonnacase la distinción consiste en lo siguiente: "La nulidad

es absoluta cuando reúne todos estos caracteres: a) puede ser invocada por cualquier interesado; b) la nulidad no desaparece por confirmación; c) la acción de nulidad no se extingue por prescripción.

La nulidad es relativa: a) cuando sólo puede ser invocada por determinadas personas, b) si la nulidad puede desaparecer por confirmación o c) cuando la acción de nulidad se extingue por prescripción.

Los actos viciados por falta de capacidad de las partes, por vicios de la voluntad o por falta de las formalidades establecidas en la ley, producen, siempre la nulidad relativa; porque el ejercicio de la acción de nulidad sólo puede ser ejercida por el representante del incapaz, o la víctima del error, del dolo o la violencia o sólo puede ser hecha valer por las partes si el acto carece de formalidad requerida por la ley." - (50)

En nuestra legislación el Código Civil para el Distrito Federal establece también la distinción entre nulidad absoluta y relativa. Al respecto los artículos 2226 y 2227 del ordenamiento legal invocado disponen lo siguiente: "Art. 2226.- La

(50) Citado por Galindo Garfias Ignacio, Op. cit. -- págs. 259 y 260.

nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos re troactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalecerse todo interesado y no desaparece por la -- confirmación o la prescripción."

"Art. 2227.- La nulidad es relativa cuando no reúne - todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siem pre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos."

Ahora bien, por lo que respecta a la nulidad de los - testamentos encontramos que en el capítulo respectivo del pro-- pio Código Civil no hace distinción alguna entre nulidad absolu ta y relativa, solamente se limita a señalar los casos en los - cuales opera la nulidad, mismos que se analizarán a continua-- ción dentro de ello veremos lo aplicable al testamento ológrafo toda vez que el capítulo especial del mismo no trae disposición expresa que hable de nulidad. Esto significa que las reglas ge nerales de los testamentos sobre la nulidad pueden ser aplica-- das al testamento ológrafo como se verá en los siguientes ca--- sos.

1) Nulidad del testamento por falta de forma.- De con formidad con el artículo 1491 del Código Civil para el Distrito Federal: "El testamento es nulo cuando se otorga en contraven-

ción a las formas prescritas por la ley."

En virtud de que el testamento ológrafo es un acto -- que requiere de algunas formalidades como son el que sea hecho de puño y letra del testador, que se contenga en un sobre cerrado, que se deposite en el Archivo General de Notarías esto hace que sea un acto jurídico formal, consecuentemente si no se cumplen las formalidades es claro que el testamento será nulo.

Sin embargo, el Código Civil no dice concretamente si se trata de una nulidad absoluta o relativa, pero considero que se trata de una nulidad absoluta lo que se afirma con fundamento en el segundo párrafo del artículo 1550 del mismo Código Civil para el Distrito Federal, que literalmente expresa: "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."

Al especificar el Código Civil que no se producirán efectos si no se cumplen las formas señaladas para los testamentos ológrafos, es evidente que habrá una nulidad absoluta.

Esto se corrobora también con lo preceptuado por el artículo 1563 del propio Código Civil para el Distrito Federal, incluido en el capítulo del testamento ológrafo, que textualmente

te expresa lo siguiente: "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."

Este artículo refleja también la importancia que se le da a la formalidad en el testamento ológrafo, por lo que se dice que el mismo quedará sin efecto en los supuestos que señala el artículo transcrito.

2) Nulidad por Amenaza o Violencia.- Según el artículo 1485 del Código Civil: "Es nulo el testamento que haga el testador bajo la influencia de amenazas contra su persona o sus bienes, o contra la persona o bienes de su cónyuge, o de sus parientes."

En este supuesto es claro que puede darse también la nulidad por amenazas dentro del testamento ológrafo, sin embargo, es posible que una vez que cese la violencia ejercida sobre el testador o cuando disfrute plenamente de su libertad, podrá revalidar su testamento con las mismas solemnidades que si otorgará de nuevo, según dispone el artículo 1486 del mismo ordenamiento legal.

En relación con esta causa de nulidad el artículo -- 1488 del Código Civil vigente para el Distrito Federal expresa que: "El juez que tuviere noticia de que alguno impide a otro testar, se presentará sin demora en la casa del segundo para -- asegurar el ejercicio de su derecho, y levantará acta en que ha ga constar el hecho que ha motivado su presencia, la persona o personas que causen la violencia y los medios que al efecto han empleado o intentado emplear y si la persona cuya libertad ampara hace uso de su derecho."

De acuerdo con esto último se admite la posibilidad - de que mediante la asistencia del juez pueda evitarse la causa de violencia, con el fin de elaborar un testamento con toda libertad, lo que puede darse en el caso del testamento ológrafo.

3) Nulidad por Dolo o Fraude.- El artículo 1487 del - Código Civil vigente para el Distrito Federal establece que: - "Es nulo el testamento captado por dolo o fraude."

En relación con la nulidad por dolo, Rojina Villegas expresa lo siguiente: "Tanto en materia de contratos como de - testamentos, se alude al dolo como vicio separado del error, y tal parece que el dolo por sí mismo es motivo de nulidad. Sin embargo, al tratar del error y del dolo en los contratos, expresamente se dice que éste será vicio de la voluntad en tanto que

induzca a error y que éste sea el motivo determinante de la voluntad ...

Podemos decir que se entiende por dolo en los testamentos cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él al testador; de manera que en la propia definición se indica que en tanto que el dolo induzca a error, vicia la voluntad; y en el Art. 1816 se requiere que ese error sea determinante de la voluntad.

El dolo o mala fe, sea de una de las partes o bien -- provenga de un tercero, sabiéndolo aquélla, anulan el contrato, si ha sido causa determinante de este acto jurídico. En materia de testamentos sólo tenemos el dolo que provenga de un tercero, en tanto que los contratos tenemos el dolo de una de las partes o de tercero." (51)

En cuanto a la nulidad por fraude el Código Civil ya no especifica en que supuestos podría darse el fraude dentro de los testamentos, no obstante, es posible que algún testador llegue a disponer de sus bienes de una manera fraudulenta lo que -- traerá por consecuencia la nulidad del testamento.

Tratándose del testamento ológrafo, es posible que se

(51) Rojina Villegas Rafael, Op. cit. pág. 335.

de la nulidad del mismo en caso de que haya dolo o fraude.

4) Nulidad por no expresarse claramente la voluntad - del testador.- En los términos del artículo 1489 del ordenamiento que se ha venido mencionando: "Es nulo el testamento en que el testador no exprese cumplida y claramente su voluntad, sino sólo por señales o monosílabos en respuesta a las preguntas que se le hacc."

Aplicando esta causa de nulidad al testamento ológrafo resulta evidente que en éste, no se exprese la voluntad por señales y monosílabos sino de una manera escrita, de puño y letra del propio autor, no obstante, por esta misma causa es posible que no exprese el testador de una manera clara su voluntad ya que al redactar su testamento por si solo, ante la falta de conocimientos de redacción puede escribir el texto en discordancia con su voluntad, ocasionando la nulidad del testamento.

5) Nulidad por falta de capacidad.- Esta clase de nulidad se deduce del capítulo relativo al testamento ológrafo, - concretamente del artículo 1551 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, en donde se considera que para que el testamento ológrafo sea válido sólo puede ser otorgado por personas mayores de edad. Por lo tanto, si no se cumple con este requisito de validez estaremos en presencia de un caso de nulidad, sobre todo por exigirse, dadas las características de este

testamento, que sean personas mayores de edad, es decir quienes hayan cumplido dieciocho años, siendo estos los únicos que pueden otorgar este testamento, por lo que si no se tiene la capacidad de ejercicio derivada de la edad requerida se producirá la nulidad del testamento.

Conviene aclarar que en los diferentes casos de nulidad que se dan en el testamento se produce solamente la nulidad absoluta, ya que la relativa no tiene lugar. Esto se confirma con lo dicho por Luis Araujo Valdivia en los siguientes términos: "Teniendo en cuenta las características fundamentales de la nulidad absoluta y de la nulidad relativa de los actos jurídicos en general, podemos afirmar que en los testamentos todas las nulidades son absolutas, pues de ellas puede prevalecerse todo interesado y no pueden desaparecer por la confirmación o la prescripción. En efecto, el testamento viciado de nulidad sólo puede ser revalidado por el propio testador con las mismas solemnidades que si lo otorgara de nuevo, pues de lo contrario se rá nula la revalidación. La nulidad tampoco desaparece por -- prescripción, en virtud de que ésta no puede correr contra el -- testador mientras vive, porque él puede modificar su voluntad -- hasta el último instante de la vida: ni podría producir el e-- efecto de convalidar un testamento nulo ni de privar a los legítimos herederos de la transmisión patrimonial que se produce en el acto mismo de la muerte del autor. Finalmente, la ley establece las nulidades relativas respecto de los actos jurídicos --

bilaterales o de los unilaterales cuyos efectos han sido aceptados, porque se trata de actos ejecutados por las partes con el propósito de que produzcan efectos jurídicos entre sí, siempre con la posibilidad de que las mismas partes corrijan o convaliden mediante actos positivos o abstenciones prescriptivas los vicios susceptibles de ser corregidos o convalidados. En cambio, en los testamentos el testador no queda obligado en forma alguna desde el punto de vista patrimonial por la declaración de su voluntad, porque puede modificarla cuantas veces quiera hasta antes de morir y porque sólo produce efectos a partir del momento mismo de la muerte." (52)

Consecuentemente, y concretamente en el testamento ológrafo encontramos que los casos de nulidad que pueden darse son precisamente los de la nulidad absoluta.

C. Caducidad.

La caducidad es una figura jurídica aplicable a diferentes materias dentro del campo del Derecho, que también tiene aplicación en la materia testamentaria. En este último aspecto Rafael De Pina dice que: "La caducidad de los testamentos consiste en la pérdida de su eficacia por causas extrañas a la vo-

(52) Araujo Valdivia Luis, Op. cit. págs. 568 y 569.

luntad de los testadores." (53)

Dentro de las causas que dan lugar a la caducidad pueden ser derivadas de la persona del beneficiario, relativas a la cosa legada, o bien por la no realización de la condición de que dependa el beneficio.

Rojina Villegas señala que las causas que originan la caducidad son las siguientes:

"1º Cuando el heredero o el legatario mueren antes -- que el testador; se trata en este caso de un hecho ajeno al -- testador, pero anterior a su muerte. Los siguientes casos son posteriores.

2º Cuando el heredero o legatario mueren después del testador, pero antes de que se cumpla la condición suspensiva.- Como ésta impide el nacimiento del derecho, es necesario que se cumpla viviendo el heredero o legatario; si mueren antes de -- que se realice, caduca la disposición testamentaria en lo referente al heredero y, en tal virtud, no puede ya transmitir esos bienes a sus herederos sino que se considera que no hubo disposición testamentaria eficaz y debe abrirse la sucesión legíti--

ma. Ya hemos visto que la transmisión hereditaria se opera en el momento mismo de la muerte del autor de la sucesión; pero - esto es en el caso en el cual la institución es lisa y llana; - pero cuando se le subordina a una condición, en tanto que no se cumpla, no se ha adquirido el derecho. Si el heredero o legatario mueren antes de que realice la condición, la disposición -- testamentaria caduca y, por consiguiente, no pueden transmitir esos bienes a sus herederos a pesar de que mueran con posterioridad al testador. Justamente para evitar la caducidad, el testador puede hacer sustituciones, es decir, puede nombrar un sustituto del heredero.

3º Cuando el heredero se hace incapaz de heredar. Ya indicamos las causas que originan la incapacidad para heredar. - En estos casos caduca la disposición y se abre la sucesión legítima para los bienes objeto de la disposición que ha caducado.

4º Cuando la renuncia la lleve a cabo el heredero o - el legatario. Aunque la transmisión de los bienes se opera de pleno derecho por la muerte del testador y en el momento mismo de su muerte, hemos indicado que se exige una aceptación tácita o expresa del heredero o legatario contra su voluntad. Si se manifiesta la aceptación tácita o expresa, produce efectos retroactivos y la transmisión de la herencia se opera desde la -- muerte del testador, pero si se renuncia expresamente la heren-

cia, caduca la disposición testamentaria y en este caso debe -- también abrirse la sucesión legítima (sólo por lo que se refiere a la parte del heredero, no del legatario), a no ser que se haya nombrado un sustituto, que precisamente tiene por objeto - evitar la apertura de la sucesión legítima.

5° El incumplimiento de la condición suspensiva res-- pecto de herederos o legatarios. Hemos visto que el testador - puede imponer condiciones suspensivas o resolutorias para los - legados y que si no se cumple la condición suspensiva, el lega- tario no llega a adquirir la cosa, liberándose el responsable - del legado. Si se trata de un heredero, entonces se abrirá a - sucesión legítima por la parte que caducó." (54)

El Código Civil para el Distrito Federal trata lo re- lativo a la caducidad de los testamentos en su artículo 1497 -- que expresa textualmente que: "Las disposiciones testamenta--- rias caducan y quedan sin efecto, en lo relativo a los herede--- ros y legatarios:

I. Si el heredero o legatario muere antes que el tes- tador o antes de que se cumpla la condición de que dependa la - herencia o el legado;

(54) Rojina Villegas Rafael, Op. cit. págs. 387 y -- 388.

II. Si el heredero o legatario se hace incapaz de recibir la herencia o legado;

III. Si renuncia a su derecho."

Como una excepción a la caducidad, el artículo 1498 - del ordenamiento antes citado expresa que: "La disposición testamentaria que contenga condición de suceso pasado o presente - desconocidos, no caduca aunque la noticia del hecho se adquiriera después de la muerte del heredero o legatario, cuyos derechos - se transmiten a sus respectivos herederos."

Estas disposiciones referidas a la caducidad son aplicables también al testamento ológrafo, acerca del cual el capítulo respectivo que lo trata en el Código Civil para el Distrito Federal no contiene preceptos especiales por lo tanto se le aplican las normas generales de la caducidad.

D. Revocación.

El testamento en general es un acto eminentemente revocable. Para entender esto conviene precisar el concepto de revocación; al respecto Joaquín Escriche la define diciendo lo siguiente: "Revocación. La anulación o retractación de una disposición que se había hecho o de un acto que se había otorgado,

como de una donación, de un legado, de un testamento o codicillo, de un poder o mandato." (55)

En materia testamentaria puede entenderse concretamente por revocación, el acto por el cual el testador se retracta de un testamento que había hecho dejándolo sin efectos.

Varios autores coinciden en que existen tres clases de revocación del testamento: la tácita, la expresa y la real.

Revocación tácita es aquella que se da cuando el testador otorga un testamento nuevo y no se hace referencia a la existencia de uno anterior. Esta clase de revocación esta prevista por nuestro Código Civil en su artículo 1494 que textualmente expresa: "El testamento anterior queda revocado de pleno derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte."

En relación con este tipo de revocación, el propio Código Civil para el Distrito Federal admite la posibilidad de -- que se de una revocación del segundo testamento otorgado por el testador, para dejar con efectos al que se había otorgado primamente, según lo expresa el artículo 1496 en los siguientes --

(55) Citado por Uribe F. Luis. Sucesiones en el Derecho Mexicano, Editorial Jus, Primera Edición, México, 1962, - pág. 219.

términos: "El testamento anterior recobrará, no obstante, su fuerza, si el testador, revocando el posterior, declara ser su voluntad que el primero subsista."

Además de estos casos de revocación tácita, Arturo -- Fernández Aguirre señala los siguientes: "Un segundo caso de -- revocación tácita, aunque parcial, lo constituye el hecho de -- que el testador enajene los objetos legados. La deducción es -- fácil. Primero quiso legar tal bien a una persona; después -- cambio de idea; quiso que el bien pasara a otra persona, con-- tractualmente.

Otro tanto se ve en el caso de que, por acto del tes-- tador, la cosa cambie de forma y de denominación. Claramente -- se revela que el testador ya no quiso que se realizara el bene-- ficio que había determinado, sino que dio un destino por comple-- to diferente al mismo bien. Por supuesto que estos dos casos -- son únicamente aplicables a legados de cosas determinadas en es-- pecies." (56)

En cuanto a la revocación expresa tenemos que es aque-- lla cuando el testador declara fehacientemente que su testamen-- to anterior no tiene valor alguno, lo cual puede ser realizado

(56) Fernández Aguirre Arturo, Op. cit. pág. 498.

en el momento de elaborar un nuevo testamento, o bien, basta -- que el testador sin necesidad de hacer un nuevo testamento expresa su voluntad de revocar el que ya había elaborado pudiendo hacerlo ante un notario.

La revocación real, según el Licenciado Gutiérrez y -- González este tipo de revocación: "Se verifica cuando el testador destruye materialmente el documento en donde consta su testamento ... Este sistema no puede servir en México para los testamentos público abierto y público cerrado, pero es cuestión de pensar un poco en su procedencia en cuanto al ológrafo." (57)

En relación con el último comentario realizado por el autor citado, considero que en el caso del testamento ológrafo no es posible que se de la revocación real, ni siquiera la tácita, sino más bien constituye un ejemplo de revocación expresa -- aún cuando no llegue a quedar de una manera escrita su voluntad de revocación, pero es indudable que adquiere esta forma según los requisitos que establece el Código Civil vigente para el -- Distrito Federal.

En efecto el artículo 1558 del ordenamiento invocado confirma lo expuesto en los siguientes términos: "En cualquier

(57) Gutiérrez y González Ernesto, Op. cit. pág. 544.

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 una acta que firmará el interesado o su mandatario, y el encargado de la oficina."

Como puede apreciarse aquí se da una forma de revocación expresa, por medio de la cual es necesario que el testador personalmente o por medio de mandatario con poder especial retire su testamento depositado en el Archivo General de Notarías.

Ahora bien, esta clase de testamentos pueden ser revocados en cualquier momento sin que sea necesario que se elabore otro de la misma especie. En consecuencia, es posible que el testador revoque su testamento ológrafo y en su lugar elabore cualquier otro tipo de testamento.

La revocación de un testamento trae por consecuencia dejarlo sin efecto alguno, es decir se hace ineficaz, lo cual es válido también para el testamento ológrafo.

CAPITULO IV

Peculiaridades del Testamento Ológrafo.

I. Derecho Mexicano.

En la legislación mexicana se ha ido regulando la materia de las sucesiones de una forma que ha experimentado una evolución que implica cambios importantes. No obstante esto, tenemos que lo relativo al testamento ológrafo no se reguló sino hasta el Código Civil de 1928 para el Distrito Federal, pues existió una regulación anterior del testamento ológrafo en el Código Civil de Puebla de 1901.

En el siglo pasado los Códigos Civiles de 1870 y 1884 no regularon el testamento ológrafo. Sin embargo, podemos considerar que esta forma de testamento fue llegando a nuestra legislación a través del antiguo derecho español, pues como es sabido las Siete Partidas si contenían algunas normas relativas al testamento ológrafo y dichas leyes llegaron a aplicarse al territorio de la Nueva España. Por consiguiente, puede decirse que esta clase de testamento tiene antecedentes importantes que se remontan a la época colonial, por lo que nuestro estudio acerca de las peculiaridades del testamento ológrafo referido al derecho mexicano empezará precisamente partiendo de la época colonial.

A. Epoca Colonial.

Durante la época colonial encontramos tres grupos de leyes que estuvieron vigentes y los cuales son:

1.- Las leyes españolas que tuvieron vigencia en la Nueva España, por ejemplo las Siete Partidas, la Nueva y la Novísima Recopilación.

2.- Las leyes dictadas especialmente para las colonias en América, conocidas como Leyes de Indias.

3.- Ordenanzas de intendentes de carácter administrativo y judicial expedida directamente para la Nueva España.

De los anteriores grupos son los dos primeros los que representa mayor importancia por tratar lo relativo a las sucesiones y testamentos.

Conviene aclarar que en el antiguo derecho español antes de que surgieran las Siete Partidas como legislación importante que se aplicó a la Nueva España y en la cual se regulaba el testamento ológrafo, existieron ordenamientos y disposiciones que ya se refería a esta clase de testamentos.

El primer ordenamiento que hace mención al testamento ológrafo es el Breviario de Alarico. Al respecto Teodora F. Torres expresa: "el Breviario de Alarico, cuyo fin parece ser -- que fue el de recoger y aclarar todo el Derecho romano que se venía aplicando hasta entonces, nos da claridad a este respecto, ya que en él se regulan varias figuras de testamento y entre ellas el testamento ológrafo." (58)

En efecto el Breviario de Alarico tiende a recopilar normas del derecho romano, así regula lo relativo al testamento ológrafo, mismo que se conservaba como una figura jurídica que se aplicaba en la práctica.

Como requisitos señalados para el testamento ológrafo, dentro del Breviario de Alarico estan los que han caracterizado siempre a este testamento, o sea el de ser escrito y firmado por el propio testador con su mano, no requiriéndose en este caso la presencia de testigos y de sus firmas, lo cual se exigía en el derecho romano.

En la práctica se fue dando esta forma de testar por lo que su regulación fue manteniéndose a través del tiempo, inclusive en la época en donde la iglesia tenía predominio se re-

(58) Torres Teodora F. El Testamento Ológrafo, Editorial Montecorvo, Madrid, 1977, pág. 99.

comendo que se siguiera cumpliendo con esta manera de testar para evitar que patrimonios quedaran sin ser atribuidos a sus respectivos herederos.

También en el Fuero Juzgo se recoge la forma ológrafa de testar, en donde además de los requisitos antes mencionados se exigía que el testamento estuviera fechado.

Posteriormente, en las leyes de las Partidas hay una regulación más amplia del testamento ológrafo. Concretamente: "La ley 7, tít. I de la Partida VI recoge una forma ológrafa, - pues sólo requiere que este escrita y firmada por el testador.- Pero, sin embargo, se exige un requisito en cuanto a las personas que por medio de dicho acto van a ser nombradas destinatarias de los bienes del difunto, necesitándose que se trate de un testamento que hace el padre en favor de los hijos. Esta forma ológrafa presenta, frente al régimen general de formalidades externas de los testamentos escritos privados, regulados en la ley 2.ª y 3.ª. tít. I de la Partida VI una excepción, pues - hace valer como tal «al escrito que hace el padre en favor de sus descendientes no guardando las formas, hecho de su mano y diciendo que todo quanto en este testamento "escreuir" quiero - que sea guardado».

En cambio, sí que son necesarios los demás requisitos

que el documento debe contener, por lo cual haremos una remi---
 sión a las demás formas escritas de testar, para las cuales se
 determina, como para todo documento público, el que se expresa--
 rá el lugar y la fecha en la cual se hace." (59)

Mediante el Ordenamiento de Alcalá se llegó a derogar
 lo relativo a esta clase de testamento, pero más tarde fue esta
 blecido nuevamente a través de la Novísima Recopilación.

Ahora bien, como ya se dijo las disposiciones de las
 Partidas y de la Novísima Recopilación tuvieron vigencia en la
 Nueva España, significando esto que hubo una aplicación del tes--
 tamento ológrafo dentro de nuestro territorio en la época Colo--
 nial.

Por otro lado, dentro de las leyes de Indias existió
 también toda una regulación para los testamentos, no obstante,
 dentro de ésta no existieron disposiciones específicas que ha--
 blaran del testamento ológrafo. A pesar de ello, dada la impor--
 tancia que tiene la regulación que se hizo en general acerca --
 del testamento en dichas leyes, señalaremos algunos puntos im--
 portantes.

En primer lugar tenemos que: "Testamento es una legi

(59) Torres Teodora F, Op. cit. págs. 109 y 110.

tima determinación de nuestra voluntad por medio de la cual disponemos para después de nuestra muerte de la hacienda, bienes y derechos que nos competen, con institución directa de heredero: o en términos más precisos; es una justa sentencia de nuestra voluntad que expresa lo que quiere se haga después de la muerte." (60)

Como formas de testamento se reconocieron dos, una -- por escritura y otra por viva voz; en el primer caso el testamento sería escrito o cerrado; y en el segundo sería nuncupativo o abierto.

En cuanto a los principios generales en materia testamentaria encontramos los siguientes: 1.- Cualquiera puede testar por escrito o de la palabra.

2.- Se requiere entero juicio en el que hace testamento.

3.- Todas las solemnidades que las leyes exige se deben guardar en el testamento, si una se omite, el testamento es nulo.

(60) Alvarez José María. Instituciones de Derecho - Real de Castilla y de Indias, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo II, Primera Edición Facsimilar, México, 1982, págs. 155 y 156.

Dentro de las solemnidades que existían en aquella época estaban las siguientes: a) La unidad de contexto, es decir el acto de testar no debía interrumpirse o mezclarse con otro acto extraño.

b) La presencia de los testigos, especialmente para los testamentos abiertos en donde se exigían tres por lo menos que fueran vecinos del lugar donde se hacía el testamento.

Respecto al testamento escrito o cerrado se requería para su valor la intervención de siete testigos y un escribano, debiendo firmar el testamento cada uno de ellos.

B. Epoca Independiente.

Durante los primeros años del período independiente - la principal preocupación fue la de elaborar una constitución política que estableciera la organización de la nueva nación. - Por lo tanto, las normas del Derecho Privado surgieron varios años después por lo cual la legislación que estuvo vigente durante la época colonial se aplicó también en las primeras décadas del México Independiente, hasta que con las leyes de Reforma se empieza a introducir una legislación propia para nuestro territorio.

En materia de testamento, el primer cuerpo legal que surge en este período es la ley de Sucesiones por testamento Ab Intestato, de fecha 10 de agosto de 1857, la cual se inspiró en el Código Civil Francés.

Además empieza a surgir la necesidad de crear un Código Civil que regulará en general las materias del Derecho Privado. Al respecto Rodolfo Batiza expresa: "La primera codificación del derecho civil en México de alcance nacional está representada por el 'Proyecto de un Código Civil Mexicano', que preparó el doctor Justo Sierra por encargo del Presidente Juárez - cuando su gobierno residía en Veracruz, obra que concluyó a principios de 1860." (61)

Dicho proyecto no fue aprobado debido a los conflictos internos que existieron en aquellos años, sin embargo, poco después surge el Código Civil de 1870.

a. Código Civil de 1870.

En el Código Civil de 1870 no se regula el testamento ológrafo, sin embargo, logró adelantos importantes en materia -

(61) Batiza Rodolfo. Los orígenes de la Codificación Civil y su influencia en el Derecho Mexicano, Editorial Porrúa. Primera Edición, México, 1982, pág. 168.

de sucesiones, comentando éste Código, Pablo Macedo dice: "El Código de 1870 es en realidad, el primer monumento legislado -- con que contó México en materia civil;

Aunque inspirado en el Derecho romano, en el antiguo Derecho español, en el Código Napoleón, en los que le habían tomado por modelo y en los proyectos extranjeros y nacionales que se habían elaborado con anterioridad, tiene una evidente autonomía que le da propia y evidente personalidad;

A pesar de ello, no pretende romper con las tradiciones jurídicas en que se habían formado nuestros juristas y por el contrario procura facilitar la transición entre el antiguo - Derecho y el que se estimó más propio para regirnos a partir de entonces;

Con sabia prudencia, recoge los materiales que emplea y no es una ley más, sino genuina codificación de aquellas cuntos principios debían aplicarse de ahí en adelante, por lo que no crea desorden, sino que establece un verdadero orden." (62)

En materia de testamentos éste Código las regulaba en el libro Cuarto, título Tercero, de los artículos 3750 al 3839;

(62) Macedo Pablo. El Código Civil de 1870, Su importancia en el Derecho Mexicano, Editorial Porrúa, Primera Edición, México, 1971, págs. 64 y 65.

se admitían solamente en cuanto a su forma el testamento público y el privado. El primero de ellos podía ser abierto o cerrado; y el testamento privado sólo podía ser abierto salvo algunas disposiciones expresamente consignadas en el Código.

Dentro del testamento público cerrado encontramos las siguientes disposiciones que para nuestros fines son importantes; "ART. 3775.- El testamento cerrado puede ser escrito por el testador ó por otra persona, á su ruego y en papel comun.

3776.- El testador debe rubricar todas las hojas y -- firmar al calce del testamento; pero si no pudiese hacerlo, podrá rubricar y firmar por él otra persona á su ruego.

3777.- En el caso del artículo que precede, la persona que haya rubricado y firmado por el testador, concurrirá con él, á la presentación del pliego cerrado; en ese acto el testador declarará, que aquella persona rubricó y firmó en su nombre; y ambos firmarán en la cubierta con los testigos y el notario.

3778.- El papel en que esté escrito el testamento ó el que le sirva de cubierta, deberá estar cerrado y sellado, ó lo hará cerrar y sellar el testador en el acto del otorgamiento; y lo exhibirá al notario en presencia de tres testigos.

3779.- El testador al hacer la presentación, declarará: que en aquel pliego está contenida su última voluntad." --
(63)

En los preceptos anteriores se puede apreciar que si bien es cierto que no se regula el testamento ológrafo si se estaban dando algunas normas mediante las cuales el testador podía escribir de su puño y letra su última voluntad, debiendo firmar todas las hojas y al calce del testamento, es decir existe en esto un parecido con el testamento ológrafo.

Diferente era el caso del testamento privado, el cual se realizaba ante la presencia de cinco testigos idóneos en don de uno de ellos redactaba el testamento por escrito. Además se regularon también los testamentos militar, marítimo y el hecho en país extranjero.

b. Código Civil de 1884.

En el Código Civil de 1884 no hubo modificaciones -- substanciales respecto a la materia de sucesiones por lo que, -- prácticamente se copiaron los preceptos de su código predecesor.

(63) Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, Tipografía de J.M. Aguilar Ortíz, México, 1872, pág. 330.

Consecuentemente, encontramos también las mismas formas de testamento, o sea el público y privado, manteniéndose -- los mismos requisitos y formalidades para la práctica de estos.

"ARTICULO 3482.- Testamento público es el que se otorga ante notario y testigos idóneos y se extiende en el papel -- con las estampillas del timbre que señala la ley.

ARTICULO 3483.- Testamento privado es el que se otorga ante testigos idóneos, sin la intervención de notario, pudiendo extenderse ó no en papel timbrado.

ARTICULO 3484.- El testamento público puede ser abierto ó cerrado: el testamento privado sólo puede ser abierto; -- salvo lo dispuesto en los arts. 3549 á 3551.

ARTICULO 3485.- El testamento es abierto cuando el -- testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto.

ARTICULO 3486.- Es cerrado el testamento cuando el -- testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta á las personas que de ben autorizar el acto." (64)

En el Código de 1884 encontramos en consecuencia que no hay una regulación específica para el testamento ológrafo, - lo cual se mantuvo durante años hasta el Código de 1928.

Antes de entrar al contenido del Código Civil de 1928 para el Distrito Federal, en donde ya se regula el testamento ológrafo, conviene mencionar primeramente el Código Civil de -- Puebla de 1901, en el cual ya existía esta clase de testamento.

En efecto, el decreto de 1 de abril de 1901 pone en - vigor dicho ordenamiento legal, del cual los siguientes artículos se refieren concretamente al testamento ológrafo:

"Artículo 3375. El testamento ológrafo debe ser escrito en su totalidad por el testador, de su puño y letra; contener el lugar y fecha del otorgamiento; las disposiciones testamentarias, expresando las cantidades con letra; y la firma del otorgante puesta al fin.

Artículo 3376. Las enmendaduras de cualquier clase se salvarán con claridad antes de la firma.

Artículo 3377. Son nulos los testamentos ológrafos en que no se observen las disposiciones de los dos artículos anteriores.

Artículo 3378. El testamento ológrafo se presentará - al juzgado competente a fin de que declare si aquél tiene los - requisitos legales y debe surtir efectos; y de que, si alguno de los interesados lo pidiese, a su costa se mande a protoco--lar." (65)

Dicho Código Civil de Puebla constituye un antecedente importante en materia de testamento ológrafo, por ser el primero que lo regula de una manera específica dentro de la República Mexicana.

c. Código Civil de 1928.

Durante los primeros años del presente siglo que se - caracterizaron por una lucha interna en donde la Revolución Mexicana trajo algunos beneficios, inclusive en el aspecto legislativo, pues como es sabido aparece la Constitución Federal de 1917, surgiendo posteriormente toda una corriente legislativa - que trajo importantes avances.

En cuanto a las materias del Derecho Civil, se integró una comisión para elaborar un nuevo Código y después de los

(65) Decreto citado por De Ibarrola Antonio, Op. cit. pág. 677.

trabajos de dicha comisión surge el Código Civil de 1928, considerado como nuevo en virtud de regular e introducir varias materias que anteriormente no se encontraban previstos en la legislación civil.

Dentro de esas materias esta precisamente lo correspondiente al testamento ológrafo, acerca del cual la exposición de motivos citado por Ignacio García Tellez señala lo siguiente:

"Como novedad en el Proyecto de Código se adoptó el testamento ológrafo, es decir, el testamento escrito todo por 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 del destino que quiera dar a sus bienes para después de su muerte.

La Comisión abriga la esperanza de que éste será el testamento del porvenir para la mayoría de las clases sociales, por la facilidad en su formación y porque no exige para hacerse ningunas erogaciones.

Para evitar los dos graves inconvenientes que presen-

ta 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 autorizada por el Registrador de que recibió uno de los originales, del cual es reproducción exacta el que contiene el pliego de que se trata." (66)

Cabe aclarar que el segundo párrafo de los antes transcritos fue suprimido en la exposición de motivos que aparece en ediciones posteriores, debido sin duda alguna al comentario que se hacía de que por medio de este testamento no se exigía para los testadores hacer ninguna erogación. A pesar de esto encontramos que el hecho de hacer el depósito del testamento ológrafo en el Archivo General de Notarías actualmente y en el Registro Público de la época que entró en vigor dicho Código, - se tiene que pagar derechos para tal efecto, es por lo que pudo haberse suprimido dicho párrafo, no obstante, no deja de tener importancia el comentario que se hacía en el sentido de representar "el testamento del porvenir", ya que en efecto su otor--

(66) García Tellez Ignacio. Motivos, Colaboración y Concordancias del Nuevo Código Civil Mexicano, Editorial Porrúa, Segunda Edición, México, 1965, págs. 56 y 57.

gamiento es uno de los más sencillos y aún el precio que se paga por derechos para su depósito es de los más económicos.

Dentro de la regulación original que se hizo acerca - del testamento ológrafo, han existido algunas reformas importantes entre las cuales destacan los siguientes:

TEXTO ORIGINAL (67)

ARTICULO 1,520

Se llama testamento ológrafo al escrito de puño y letra del testador

TEXTO VIGENTE

Art. 1550.- Se llama

testamento ológrafo al escrito de puño y letra del testador.

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.

ARTICULO 1,523

El testador hará por duplicado su testamento ológrafo e imprimira en cada ejemplar su hue

Art. 1553.- El testador

hará por duplicado su testamento ológrafo e imprimirá en cada ejemplar su hue

(67) Código Civil del Distrito y Territorios Federales, Edición Oficial, Talleres Gráficos de la Nación, 1928, págs. 298 a 301.

lla digital. El original, dentro de un sobre cerrado y lacrado, será depositado en la sección correspondiente del Registro Público, y el duplicado, también encerrado en un sobre lacrado y con la nota en la cubierta, de que se hablará después, será devuelto al testador. Este podrá poner en los sobres que contengan los testamentos, los sellos, señales o marcas que estime necesarios para evitar violaciones.

ARTICULO 1,524

El depósito en el Registro Público 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 si

lla digital. El original dentro de un sobre cerrado y lacrado, será depositado en el Archivo General de Notarías, y el duplicado también cerrado en un sobre lacrado y con la nota en la cubierta a que se refiere el artículo 1555, será devuelto al testador. Este podrá poner en los sobres que contengan los testamentos, los sellos, señales o marcas que estime necesarios para evitar violaciones.

Art. 1554.- El depó

sito 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 -

guiente constancia: "Dentro de este sobre se contiene mi testamento." A continuación se expresará el lugar y la fecha en que se hace el depósito. La constancia será firmada por el testador y por el encargado de la oficina. En caso de que intervengan testigos de identificación, también firmarán.

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.

ARTICULO 1,526

Quando el testador estuviere imposibilitado para hacer personalmente la entrega de su testamento en las oficinas del Registro Público, el encargado de ellas, deberá concurrir al lugar donde aquél se encontrare, para cumplir las formalidades de depósito.

Art. 1556.- 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 aquél se encontrare, para cumplir las formalidades del depósito.

ARTICULO 1,527

Hecho el depósito, el

Art. 1557.- Hecho

el depósito, el encargado

encargado del Registro tomará razón de él en el libro respectivo a fin de que el testamento pueda ser identificado, y conservará el original bajo su directa responsabilidad hasta que proceda hacer su entrega al mismo testador o al juez competente.

ARTICULO 1,528

En cualquier tiempo el testador tendrá derecho de retirar del archivo, personalmente o por medio de mandatario con poder solemne y especial, el testamento depositado: haciéndose constar la entrega en una acta que firmarán el interesado y el encargado de la oficina

del Archivo General de Notarías tomará razón de él en el libro respectivo, a fin de que el testamento pueda ser identificado, y conservará el original bajo su directa responsabilidad hasta que proceda a hacer su entrega al mismo testador o al juez competente.

Art. 1558.- 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 una acta que firmará el interesado o su mandatario, y el encargado de la oficina.

ARTICULO 1,529

El juez ante quien se --
 promueva un juicio sucesorio pedi-
 rá informes al encargado del Registro
 Público del lugar, acerca de --
 si en su oficina se ha depositado
 algún testamento ológrafo del au-
 tor de la sucesión, para que en caso
 de que así sea se le remita el
 testamento.

ARTICULO 1,530

El que guarde en su poder
 el duplicado de su testamento,
 o cualquiera que tenga noticia de
 que el autor de una sucesión ha depos-
 itado algún testamento ológrafo,
 lo comunicará al juez competente,
 quien pedirá al encargado de --
 la oficina del Registro en que se
 encuentra el testamento que se lo
 remita.

Art. 1559.- El --

juez ante quien se promueva
 un juicio sucesorio pedirá
 informes al encargado del -
 Archivo General de Notarías,
 acerca de si en su ofi-
 cina se ha depositado algún
 testamento ológrafo del au-
 tor de la sucesión, para --
 que en caso de que así sea
 se le remita el testamento.

Art. 1560.- 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 al-
 gún 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.

ARTICULO 1,534

El encargado del Registro Público no proporcionará informes acerca del testamento ológrafo depositado en su oficina, sino al mismo testador o a los jueces competentes que oficialmente se los pidan.

Art. 1564.- El en-

cargado 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.

La anterior comparación permite apreciar que no todos los artículos originales del Código Civil referidos al testamento ológrafo han sido modificados, sino solamente los que han quedado transcritos anteriormente; dentro de los cuales algunos de ellos sólo tienen la modificación relativa a que anteriormente el depósito de esta clase de testamentos se hacía en el Registro Público y actualmente se realiza en el Archivo General de Notarías.

Es importante el avance que se logró en materia de testamentos mediante el Código Civil de 1928, sobre todo por haberse introducido el testamento ológrafo, que como ya se vió en el anterior estudio comparativo se dieron algunas reformas importantes en esta materia, haciendo más claro el contenido de -

este testamento, el cual ha traído algunas ventajas como ya se mencionaba en la exposición de motivos y que serán precisadas con mayor detalle en el capítulo siguiente.

2. Legislación Extranjera.

Dentro de las legislaciones hay algunos países que -- han regulado el testamento ológrafo, ya sea dándole esta designación o sin otorgarle expresamente el nombre de ológrafo, pero que en su contenido es indudable que se trata de una especie de esta clase de testamento, tal es el caso por ejemplo del testamento hecho mediante una declaración escrita y firmada de propia mano por el propio testador regulado en la legislación alemana.

Se considera necesario el estudio de dichas legislaciones para tener una visión general de la manera en que se ha regulado el testamento ológrafo, lo que nos permitirá ver sus peculiaridades y penetrar en su esencia para tener los elementos necesarios que nos permitan valorar su contenido y alcance, todo esto con la finalidad de tener la información suficiente con la que podamos llegar al siguiente capítulo para señalar -- sus ventajas, desventajas y la proyección e importancia que tiene en la actualidad.

A. Derecho Alemán.

La regulación que se ha hecho en el derecho alemán sobre la materia de las sucesiones en general es diferente a la realizada en otros países, ya que se sale de los modelos establecidos por el derecho romano para crear algunas disposiciones especiales. Sin embargo, en principio puede afirmarse que el derecho hereditario alemán tiene su fundamento en lo que podría llamarse una sucesión natural, es decir se heredaba dependiendo de los vínculos de sangre.

En relación con esto Heinrich Brunner afirma que: "El derecho hereditario germánico era un derecho de familia. Los herederos eran natos, no elegidos, en la medida que según algunos Derechos no se podía sustituir el parentesco de sangre mediante adopción. Las disposiciones de última voluntad o se desconocían o estaban prohibidas.

Los comienzos del derecho hereditario se remontan a una comunidad patrimonial que en vida del causante existía entre él y los herederos reunidos en su hogar. Al hijo que se hacía independiente correspondió originariamente una partición de los bienes hereditarios, y la hija que el marido llevaba a su casa hacía suyo el *dotalicium* sobre aquellos bienes. Si la comunidad se disolvía por muerte del causante tenía lugar una *dis*

tribución entre los comuneros." (68)

Con el paso del tiempo el derecho sucesorio alemán ad quiere formas peculiares creando una diversidad de disposicio-- nes testamentarias.

Uno de los autores que resume esta clase de disposi-- ciones basándose en el Código Civil alemán es Victor Loewenwar- ter quien expone lo siguiente: "El testamento puede contener - asignaciones propiamente tales y otras designaciones que no re- visten cabalmente el carácter de disposiciones hereditarias. - Asignación propiamente dicha es en primer lugar la designación del heredero por disposición de última voluntad (artículo 1,93- 7). También se caracteriza como testamento una disposición de última voluntad que se limita a excluir de la sucesión abintest- tato a un pariente o al cónyuge, sin instituir heredero alguno (artículo 1,938, por ejemplo, el desheredamiento). El difunto podrá asignar por testamento una parte de su patrimonio a otra persona, sin instituir la heredera (artículo 1,939 legado; el ar tículo 2,087 agrega, si al beneficiado sólo se le han asignado objetos aislados no habrá que admitir, en caso de duda, que de- be ser heredero aunque se le designe como tal). Finalmente el difunto podrá obligar, en el testamento al heredero o al legata

(68) Brunner Heinrich, Op. cit. pág. 237.

rio a una prestación, sin conceder al beneficiado el derecho a ésta (artículo 1,940, carga o asignación modal). Las designaciones de colación y las órdenes de partición también valen como disposiciones testamentarias. Un testamento puede comprender, aparte de las designaciones señaladas, otras disposiciones que no revisten justamente la calidad de asignaciones como, por ejemplo, el nombramiento de un tutor, o cualquiera declaración que no requiera una solemnidad especial como, por ejemplo, una declaración de desahucio o de rescisión. Esta última posibilidad no siempre es tomada debidamente en consideración.

Para la validez del testamento es necesario que la última voluntad se declare personalmente. Ni el tutor, ni el padre puede representar al pupilo o al hijo en la perfección del testamento. El demente o impúber es inhábil para testar. La independencia de la última voluntad es una necesidad por causa ética. (existe una excepción en la ley sobre la finca agrícola hereditaria del 29 de septiembre de 1933, artículo 24, según el cual el testador no puede excluir o limitar la sucesión especial establecida por esta ley)." (69)

En cuanto a las diferentes formas de testamento existen algunas que difieren de las formas ordinarias y especiales

(69) Loewenwarter Victor. Derecho Civil Alemán Comparado con las características del Derecho Comercial, Editorial Nascimento, Segunda Edición, Santiago de Chile, 1943, pág. 663.

que están previstas en la mayoría de las demás legislaciones, - tal es el caso del testamento mancomunado y del contrato sucesorio.

Dentro de los testamentos ordinarios el Código Civil alemán admite dos formas; uno el otorgado ante un juez o ante un notario, y el otro el otorgado mediante una declaración escrita y firmada de propia mano por el causante con indicación del lugar y del día. Este último corresponde a lo que se conoce como testamento ológrafo.

En efecto, se trata de un testamento que sólo lo pueden otorgar las personas mayores de edad que sepan leer y escribir y como su propio nombre lo indica debe ser escrito y firmado por el causante, es decir el testador.

Ahora bien, esta clase de testamento es depositado generalmente ante la presencia de un juez, o bien, también puede ser hecho el depósito ante un notario. Por lo tanto, dependiendo del lugar donde se haya hecho el depósito surgirán las características para la apertura del testamento.

"Si el testamento está en depósito en poder del juez de su domicilio, éste, tan pronto tenga conocimiento de la muerte del testador, ha de señalar un plazo para su apertura, pará-

grafo 2,260; en el caso de que sea otro Tribunal el que lo tenga bajo su custodia, es a este a quien le incumbe su apertura, parágrafo 2,261.

Si es un notario quien lo tiene en su depósito, el deber de entrega existe en este caso de oficio, y si la entrega - por éste no tuviera lugar, el Juzgado del caudal relicto debe - exigírsela tan pronto tenga noticias de la muerte del causante, parágrafo 2,259." (70)

De acuerdo con el Código Civil alemán, cualquier persona que tenga un interés jurídico para que se de la apertura - de esta clase de testamento podrá solicitarla.

Una vez que el testamento es abierto, su contenido es notificado a los interesados y en el caso de que estos lo pidan se les debe exhibir. La fecha de notificación del contenido -- del testamento tiene gran importancia, toda vez que a partir de la misma corre un plazo de seis semanas dentro de las cuales se puede repudiar la herencia.

El hecho de la apertura del testamento es trascendente para los efectos jurídicos, por lo que se redacta un protoco

lo en el que se detalla las circunstancias especiales especificando si el testamento estaba abierto o cerrado en ese momento y si él mismo estaba intacto.

En virtud de que en el testamento ológrafo está contenida la manifestación de voluntad del causante es un documento privado, los herederos en él designados tienen que acudir al juez del caudal para solicitar del mismo un testimonio sobre su derecho hereditario, debiendo expedirse un certificado sucesorio mismo que deberá extenderse por la cuantía de su porción hereditaria. Por lo general es el heredero quien solicita el certificado sucesorio y al hacerlo lleva implícita su aceptación de la herencia.

Respecto a los efectos del testamento ológrafo Teodora F. Torres comenta lo siguiente: "La importancia jurídica de este documento -en especial para el heredero designado en testamento ológrafo- reside en su finalidad, ya que establece en favor del heredero a quién se concede la presunción de que le pertenece el derecho hereditario allí descrito sin más limitaciones que las establecidas en el certificado, según el parágrafo 2,365. Esta presunción vale incluso frente a aquel que afirma que el heredero, aunque si bien dicha presunción, como pone de relieve KIPP, admite prueba en contrario." (71)

(71) Torres Teodora F, Op. cit. págs. 376 y 377.

Como puede apreciarse esta forma de testamento, aún cuando no es designado expresamente como testamento ológrafo, es indudable que sus características y peculiaridades corresponden a esta manera de testar.

B. Derecho Argentino.

En el derecho argentino las sucesiones en general y los testamentos en particular han sido regulados de una manera extensiva, a tal grado que el Código Civil señala formalidades para otorgar los diversos tipos de testamentos y prevé todos los posibles hechos que pueden aparecer en el momento en que el testador otorga su testamento.

Dentro de las formas ordinarias de testar están el testamento ológrafo, el testamento por acto público y el testamento cerrado.

Lo relativo al testamento ológrafo está regulado en el Código Civil argentino en sus artículos 3639 al 3650. El primero de los artículos mencionados dispone expresamente lo siguiente: "Art. 3.639. El testamento ológrafo, para ser válido en cuanto a sus formas, debe ser escrito todo entero, fechado y firmado por la mano misma del testador. La falta de alguna de

estas formalidades lo anula en todo su contenido." (72)

Comentando el anterior precepto Héctor Lafaille, precisa la naturaleza jurídica del testamento ológrafo diciendo lo siguiente: "Según los términos de la propia definición, no cabe duda de que el testamento ológrafo es un instrumento privado ... ya que en él no interviene oficial público y carece de fecha cierta. Solamente cuando queda protocolizado adquiere, en cierto modo, el carácter aludido (público)." (73)

Como requisitos que se establecen para el testamento ológrafo están los que enuncia el propio artículo antes transcrito y que son: que debe ser escrito todo entero fechado y firmado por la misma mano del testador.

Además de algunas disposiciones del propio Código Civil Argentino se desprenden algunos otros requisitos, por ejemplo del artículo 3641 se obtiene el dato de que el testamento ológrafo debe ser escrito con caracteres alfabéticos y puede escribirse en cualquier idioma. Por lo tanto, no se admiten los

(72) Código Civil de la República Argentina. Estudio preliminar del Doctor José María Mustapich, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1960, pág. 734.

(73) Lafaille Héctor, Op. cit. pág. 226.

testamentos hechos con signos o claves que podrían prestarse a diversas interpretaciones.

Del artículo 3648 se obtienen otros requisitos en donde se dice que esta clase de testamento debe ser un acto separado de otros escritos y libros en que el testador acostumbre escribir sus negocios. En consecuencia, se preceptúa de una manera expresa que las cartas por detalladas que sean respecto a la disposición de bienes no pueden formar un testamento ológrafo.

En relación con esto último encontramos que se trata de cartas enviadas a terceras personas que no siempre contienen un pensamiento definitivo, sin embargo, se discute el hecho de que si esa carta esta dirigida a la persona que se encarga de cumplir las últimas disposiciones, o sea el albacea, podía integrar esto una parte del testamento ológrafo. Esto ha motivado que algunos reconozcan la validez de ciertas cartas con fines de testamento ológrafo. "El doctor Bibiloni en su Antoproyecto llega a la misma conclusión. Acepta que el testamento ológrafo puede ser otorgado por carta, siempre que de su contenido y demás circunstancias aparezcan acreditadas la independencia, y la seguridad de las disposiciones así como todos los requisitos para un acto de este orden." (74)

(74) Citado por Lafaille Héctor, Op. cit. pág. 233.

Respecto a la fecha, la cual constituye un requisito fundamental dentro del testamento ológrafo, la legislación argentina contiene algunas disposiciones especiales al respecto que pueden resumirse en los siguientes aspectos expresados en la Enciclopedia Jurídica Omeba: "Exigencia del requisito de la fecha. De acuerdo a lo que establece el artículo 3639 del Código civil, el testamento ológrafo debe estar fechado; en caso contrario se le puede considerar nulo. Esta exigencia no es de mera fórmula y responde a dos motivos que tienen gran importancia para determinar la autenticidad de la voluntad del testador.

En primer lugar, la fecha determina el momento de la redacción del testamento y permite establecer si ha invalidado o no a otros anteriores o si, a su vez, puede ser invalidado por otros posteriores.

Además, de acuerdo a la fecha que establece en forma precisa el momento de la redacción del testamento, es posible dictaminar sobre la capacidad del testador.

La fecha se expresa por lo general con indicación de día, mes y año, pero también se la considera válida cuando se la suple por otro tipo de enunciaciones que, por su precisión, proporciona la misma certeza. Sucedería así, por ejemplo, si -

se fechara un testamento diciendo que ha sido redactado el día de Navidad de determinado año.

El artículo 3643 del Código civil contempla los casos de testamentos ológrafos con fechas erradas o incompletas, y dice que las mismas pueden ser consideradas suficientes siempre que el vicio que presenta el documento sea el resultado de una simple inadvertencia del testador, y que en el testamento mismo figuren enunciaciones o elementos materiales que permitan establecer la fecha de una manera cierta. En estos casos el juez puede apreciar las enunciaciones que rectifiquen o complementen la fecha, así como admitir las demás pruebas complementarias -- que puedan obtenerse.

Así por ejemplo la Cámara Segunda en lo Civil y Comercial de la Plata consideró válido un testamento sin fecha, después de comprobar que el papel sellado en que había sido escrito había sido emitido el mismo día del fallecimiento, de manera que no podía considerarse la posibilidad de que hubiera sido escrito otro día. Pueden presentarse casos no de omisión, sino de error en la fecha. Esta posibilidad ha sido contemplada por el artículo 3643 del Código civil que al respecto dice: 'Una fecha errada o incompleta debe ser considerada suficiente cuando el vicio que presenta es el resultado de una simple inadvertencia de parte del testador, y existen, en el testamento mis--

mo, enunciaciones o elementos materiales que fijan la fecha de una manera cierta. El juez puede apreciar las enunciaciones -- que rectifiquen la fecha, y admitir pruebas que se obtengan fuera del testamento.'

Aunque parezca un problema de carácter secundario, el lugar en que deba colocarse la fecha del testamento ha dado lugar a muchas discusiones. Para algunos tratadistas, si la fecha no se coloca al comienzo, sino al final, el documento no debe ser considerado válido.

Sin embargo los tribunales franceses han declarado, reiteradamente que cuando la fecha se coloca inmediatamente después de la firma, el documento es válido.

Ya hemos visto, anteriormente, que la ley permite que así se haga. Pero ¿cuál es entonces la posición que adopta con relación a las fechas de las distintas disposiciones?

El artículo 3467 del Código civil resuelve en forma expresa el problema al decir: 'El testador no está obligado a redactar su testamento de una sola vez, ni bajo la misma fecha. Si escribe sus disposiciones en épocas diferentes puede datar y firmar cada una de ellas separadamente o poner a todas la fecha y firma, el día en que termine su testamento'.

Pero cuando se trata de muchas disposiciones que están firmadas sin ser fechadas, y sólo una última disposición -- tiene firma y fecha, esta hace valer las disposiciones escritas anteriormente, cualquiera sea el tiempo transcurrido. Lo antedicho surge de lo dispuesto por el artículo 3646 del Código civil." (75)

Otro de los elementos que tiene especial importancia es el relativo a la firma que debe contenerse en el testamento ológrafo, sin duda es su elemento más esencial y característico toda vez que refleja de una manera feciente la voluntad expresada por el testador, la cual no bastaría que fuera escrita de su puño y letra y que tuviera la fecha, sino que es indispensable la firma para que tenga plena validez.

En términos generales se considera que la firma pone fin al testamento, por consiguiente, cualquier agregado para -- que tenga validez deberá reunir los requisitos de un acto ológrafo independiente, de tal manera que debe llevar la firma del testador en cada agregado que al respecto se hiciera. Así lo dispone expresamente el artículo 3645 del Código Civil argentino, el cual dice textualmente que: "Las disposiciones del testador escritas después de su firma deben ser fechadas y firma--

(75) Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXVI, Op. cit. págs. 168 y 169.

das para que puedan valer como disposiciones testamentarias."

Se ha discutido en la doctrina argentina si vale como firma el que el testador sólo ponga las letras iniciales de sus nombres y apellidos. Al respecto la solución que se ha dado es que cualquier firma por irregular e incompleta que parezca, se considerará válida siempre y cuando el testador la haya utilizado para firmar todos sus actos públicos y privados. Por lo tanto, una firma no habitual no cumple las exigencias que se hacen trayendo por consecuencia que el testamento quedará sin validez.

También se ha discutido sobre el lugar exacto en que debe ir la firma, y la opinión dominante es que debe ir al pie del testamento. No obstante, se ha admitido la posibilidad de que se firme al margen del documento sobre todo en aquellos casos en que no pudirá firmarse al calce por falta de espacio.

Uno de los aspectos que no han sido previstos plenamente por el derecho argentino en relación con el testamento o lógrafo es lo relativo a su depósito, pues no se exige para su validez el cumplimiento de algunas formalidades específicas para tal efecto, solo se menciona en el artículo 3649 del Código Civil argentino que: "El testador puede, si lo juzgara más conveniente, hacer autorizar el testamento con testigos, ponerle -

su sello, o depositarlo en poder de un escribano, o usar de ---
cualquiera otra medida que dé más seguridad de que es su última
voluntad."

Del anterior precepto se advierte claramente que no --
es necesario el depósito que pudiera hacer el testador, sino --
que representa un hecho opcional en donde sino se hiciera tal -
depósito o aseguramiento de la última voluntad del testador, de
cualquier manera el testamento ológrafo tendría validez siempre
y cuando cumpla los requisitos y formalidades que ya se han vis
to con anterioridad.

Finalmente, el artículo 3650 se señala que el testa--
mento ológrafo vale como acto público y solemne; sin embargo,
esto no significa que constituye un documento público, lo que -
se corrobora con la segunda parte del mismo precepto, en donde
se precisa que dicho testamento público puede ser atacado por -
su fecha, firme o escritura o por la capacidad del testador, --
por todos aquellos a quienes se oponga, pudiendo este servirse
de todo género de pruebas.

Es precisamente por el hecho de constituir un instru-
mento privado, el que se admita la posibilidad de utilizar cuall
quier medio de prueba, para afectar la eficacia legal del testal
mento ológrafo, ya sea en cuanto a la capacidad del testador o

al contenido del testamento incluyendo lo relativo a la fecha y firma.

C. Derecho Español.

Los testamentos dentro de la legislación española han tenido una evolución importante que parte del derecho romano, - siendo esta la fuente principal que ha influido en esta materia.

Actualmente el Código Civil español establece dos formas de testamento; el común y el especial. Dentro de los testamentos comunes están el ológrafo, el abierto y el cerrado; y son testamentos especiales el militar, el marítimo y el hecho - en país extranjero.

Por lo tanto, tenemos que el testamento ológrafo dentro de la legislación española es un testamento común, pero que a pesar de ello debe cumplir con algunos requisitos personales y formales como se verá más adelante.

La definición legal que da el Código Civil español -- acerca del testamento ológrafo se encuentra en el artículo 678 que literalmente dice lo siguiente: "Se llama ológrafo al testamento cuando el testador lo escribe por sí mismo en la forma

y con los requisitos que se determinan en el artículo 688." ---
(76)

Como se aprecia de este concepto es un testamento que lo escribe por sí mismo y en todas sus partes el propio testador, pero para que tenga plena validez debe reunir algunos requisitos, señalados principalmente por los artículos 688 y 689, los cuales disponen expresamente que: "688. El testamento ológrafo sólo podrá otorgarse por personas mayores de edad.

Para que sea válido este testamento deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue:

Si contuviese palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma.

Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propia idioma.

689. El testamento ológrafo deberá protocolizarse, -- presentándolo con este objeto al Juez de primera instancia del último domicilio del testador, o al del lugar en que éste hubiese fallecido, dentro de cinco años, contados desde el día del fallecimiento. Sin este requisito no será válido."

(76) Código Civil, Anotado por Carles J. Maluquer de Nots Bernet, Casa Editorial Bosch, Segunda Edición, España, -- 1989, pág. 192.

De los anteriores preceptos se desprenden los siguientes requisitos: personales, referido a que solamente personas mayores de edad podrán otorgar esta clase de testamento.

Requisitos formales; dentro de estos los relacionados con su otorgamiento y protocolización. En cuanto a su otorgamiento el testamento ológrafo debe estar escrito todo por el testador y firmado con expresión del año, mes y día en que se otorgue. En caso de tener palabras tachadas enmendadas o entre renglones, deben ser salvadas por el propio testador con su firma.

Por lo que se refiere a la protocolización, este testamento debe presentarse al juez de primera instancia del último domicilio del testador o el del lugar donde hubiera fallecido. Además, la persona en cuyo poder se haya depositado dicho testamento o cualquiera que tenga interés podrá presentarlo al juzgado.

Una vez que se acredite el fallecimiento del testador, el juez abrirá el testamento ológrafo rubricando con el actuario todas las hojas comprobando la identidad de la letra y firma del testador por medio de tres testigos.

En caso de que el juez estime justificada la identi--

dad del testamento, acordará que se protocolice en los registros del notario correspondiente, dándose a los interesados las copias o testimonio que proceda. (Artículos 690 al 693)

Comentando lo relativo a los requisitos formales correspondientes al otorgamiento, Felipe Sánchez Romón destaca el que se refiere a la fecha y a la firma del testador. Hablando concretamente de estos dice que su esencialidad se refiere a diferentes e importantes aplicaciones y efectos, los cuales son:

"1.º Al momento en que realmente puede decirse adquiere el testamento ológrafo la consideración de acto jurídico, -- puesto que al consignar en él la fecha el testador, y más al estampar inmediatamente después su firma, da á entender que reputa definitiva aquella redacción anterior que cierra con fecha y firma, consagrando lo en él dispuesto como expresión definitiva, por entonces, de su última voluntad. Mientras esto no sucede, parece abierto y pendiente de ultimarse la redacción del -- testamento, que racionalmente no puede considerarse que pasa de la categoría de un proyecto ó de un principio del mismo, sin -- terminar, y cuando el testador entiende, por el contrario, ultimada la expresión de esa voluntad, ó agotados todos los fines -- de su pensamiento en la expresión que del mismo deja hecha, es cuando se decide á darlo así por sobreentendido mediante la consignación de la fecha y la firma, que es á la vez manera de so-

lemnidad, con lo cual, lo que antes era, á lo sumo, una mera manifestación privada de sus propósitos, se transforma en una declaración jurídica y cerrada de su voluntad, siendo la fecha y la firma las señales de que el testador da por terminado el acto y quiere que se considere y valga como su testamento. Hay - en esta consignación de fecha y firma algo semejante al cumplimiento de todas las solemnidades ó intervención de autoridad ó testimonio oficial en el testamento público, algo que bien puede decirse representa el instante del verdadero otorgamiento -- del ológrafo.

2.º A la capacidad del testador, determinada según -- las circunstancias personales de integridad ó quebranto de la - misma por razón de edad, de enfermedad ó de otra causa que la - restringiera o modificara, en la fecha en que el testamento olgrafo aparece hecho; puesto que, sin ese requisito preciso de fecha, sería imposible determinar la validez ó nulidad del testamento en relación con la capacidad del testador.

3.º A evitar, mediante la expresión de la fecha la temida vaguedad y falta de precisión de carácter y tiempo, por -- virtud de la determinación con que se concreta su nacimiento y existencia en razón del tiempo, en razón de la fecha y de la autenticidad mediante la firma; porque lo esencial, para que pueda declararse la existencia y nacimiento del acto jurídico, es

el que puede ser acreditado é identificado en relación al tiempo en que nació ó fué perfecto, y sólo la estampación de la fecha produce ese importante resultado de causalidad para el acto jurídico del testamento ológrafo, en este caso.

4.º A la preferencia entre si de varios testamentos - ológrafos hechos por el mismo testador y é la consiguiente ac-
ción derogatoria total ó parcialmente ó de mayor ó menor modifi-
cación de los unos respecto de los otros, que sólo se determina
por razón de fecha posterior.

5.º La firma constituye la tercera circunstancia esen-
cial del testamento, que sin firma no se considera tal, y no pa-
sa de la categoría de un proyecto más ó menos incipiente ó ulti-
mado del mismo, pero que carece de la consideración de acto ju-
rídico y de testamento perfecto, en cuanto, mediante la firma,
declara y certifica el testador que el texto que lo procede ---
constituye la expresión en aquella fecha de su última voluntad
ó la aprobación y sanción por él de aquellas disposiciones que
preluden á la firma y forman el contenido de su testamento.

En cuanto al sitio del testamento, en que la firma de
be consignarse, y a los efectos que, según el que sea, produz--
ca, no parece, en buena doctrina, que deba ofrecer duda que, da
da la significación de la firma y testimonio de autorización --

que presta á las disposiciones contenidas en el testamento, debe figurar al final y no al principio, ni intercalada ni al margin; casos todos estos últimos, que ofrecen como más racional la conclusión de nulidad, con la única excepción, á lo sumo, -- del supuesto en que la firma se estampase después de algunas -- disposiciones, ó sea, en un intermedio de ellas y de las que siguen, en el cual podría llegarse a la conclusión de validez respecto de las que preceden á la firma, pero no de las que continúan ó se escribieron después de las que no resulten como aquéllas amparadas por la firma." (77)

Dado el carácter que se le da a la protocolización -- del testamento ológrafo dentro del derecho español, en la doctrina se ha afirmado que: "el testamento ológrafo es un documento privado que después de muerto el testador ha de ser elevado a documento público mediante la comprobación de su legitimidad, efectuada en el correspondiente procedimiento judicial dirigido a su protocolización, regulado por el Código en estos artículos." (78)

(77) Sánchez Román Felipe. Estudios de Derecho Civil e Historia General de la Legislación Española, Est. Tipográfico "Sucesores de Rivadeneira", Tomo Sexto, Volumen 1, Segunda Edición, Madrid, 1910, págs. 354, 355 y 356.

(78) Bonet Ramón Francisco. Código Civil Comentado con sus Apéndices Forales, Aguilar S.A. de Ediciones, Madrid, - 1962, pág. 543.

Conviene destacar el carácter de documento público -- que adquiere el testamento ológrafo en el derecho español, una vez que se ha cumplido con las formalidades de protocolización, lo cual no sucede en otras legislaciones extranjeras.

D. Derecho Francés.

En el derecho francés el testamento ológrafo es admitido por el artículo 969 del Código Civil, al lado del testamento hecho por acto público y por forma mística, siendo estas las tres clases de testamentos ordinarios que existen actualmente - en Francia.

El testamento ológrafo se manifiesta en el derecho sucesorio francés con gran importancia ya que es el único acto de disposición de bienes mortis causa a título gratuito. Además, se ha considerado su trascendencia por ser de gran influencia - en las legislaciones latinas e incluso en algunas europeas.

En Francia es una de las formas de testar más comunes, a tal grado que los propios notarios recomiendan a los testadores que escriban ellos mismos sus testamentos en forma ológrafa y que luego se entreguen para su conservación.

El testamento ológrafo está previsto en el artículo - 970 del Código Civil francés como aquel que es escrito totalmente, fechado y firmado por la mano del testador.

De acuerdo con esa disposición son tres los requisi-- tos que deben cumplirse al momento de redactar el testamento: - primero que el propio testador redacte totalmente su testamen-- to; segundo es necesaria la indicación de la fecha, y; terce-- ro se requiere la firma del testador.

En relación con el primer requisito Planiol y Ripert expresan que el testamento ológrafo debe ser redactado totalmente por el testador, requisito que implica las siguientes puntualizaciones y dificultades:

"1º Es indiferente el género de escritura usado; a-- sí, un ciego podrá redactar un testamento ológrafo con los procedimientos especiales para los ciegos; igualmente pudiera u-- sarse la taquigrafía o un procedimiento de escritura en clave.

2º Es indiferente el medio de escritura empleados: - tinta o lápiz, papel o pergamino. Algunas sentencias han admittido la validez de testamento redactados en maquinilla, siempre que sea cierto que los escribiera el testador en persona.

3º Es indiferente el idioma empleado, sea el francés, o cualquier otro extranjero o local, siempre que sea familiar al testador.

4º El testamento puede hallarse redactado en una sola hoja o en varias hojas separadas; no es necesario que esas hojas se encuentren materialmente unidas, bastando entre ellas la necesaria relación intelectual, que puede ser de diversa índole.

5º Puede haberse redactado en un solo acto o en varios, mediando intervalos más o menos prolongados entre ellos.

6º Puede haberse hecho en un solo ejemplar o en varios. Los distintos ejemplares valdrán como testamento, siempre que hubieran sido escritos de puño y letra del testador y no fueran obra de un tercero.

7º No es necesario que el testamento sea expresamente calificado de tal; no es necesaria ninguna fórmula sacramental. Puede presentar la apariencia de una nota, haberse escrito en una libreta de apuntes y aun ir unido a otro acto jurídico distinto, siendo válido aun cuando el otro acto quedara anulado. Se puede hacer testamento por medio de una carta. El art. 3 de la Ordenanza de 1735 prohibía este medio; pero, dado

el silencio del Código, en la actualidad se admite.

8º No es necesario que el testamento esté cerrado ni sellado; tampoco ha de indicar que ha sido escrito, fechado y firmado de puño y letra del testador." (79)

Terminan comentando los autores citados que la forma de redacción del testamento ológrafo es sumamente sencilla y -- que lo fundamental es que el testador manifieste su voluntad de una manera clara, para tal efecto no basta un simple proyecto -- sino un testamento preciso.

Por lo que respecta a la fecha, misma que constituye un requisito fundamental para la existencia del testamento ológrafo, debido a su gran importancia pues permite saber si el -- testamento fue redactado en una época en que se gozaba de plena capacidad, o bien, en caso de pluralidad de testamentos saber -- cual es válido y cuales serían revocados.

Es elemental que el testamento sea fechado exactamente por el testador, lo que implica según los Mazeaud una triple exigencia: "a) El testamento debe incluir una fecha: o sea, -- la mención del año, del mes y del día, o una indicación precisa

(79) Planiol Marcelo y Ripert Jorge, Op. cit. págs.- 556, 557 y 558.

que permita determinar con certeza el año, el mes y el día: -- 'el día de Navidad de 1958', 'el día del nacimiento de mi hijo Pablo'. La fecha puede ser consignada en letras o en números.-- No es indispensable la mención del lugar de redacción.

b) La fecha debe ser estampada de puño y letra del -- testador: el testamento sería nulo si el testador utilizara -- una fecha impresa o un sello fechador (a menos que la fecha pue da ser reconstituida).

c) Se está de acuerdo para decidir, aun cuando el artículo 970 del Código civil no lo puntualice, que el testador -- tiene la obligación de fechar exactamente su testamento. El -- testamento debe ser fechado en el día en que sea firmado. La -- inexactitud de la fecha llevaría consigo la nulidad del testa- mento. Una nueva diferencia entre el testamento ológrafo y los demás documentos privados: su fecha, por lo demás inoponible a terceros, constituye una simple convención entre las partes, li bres para fechas a su antojo." (80)

El hecho de que tenga que precisarse la fecha asegura la protección de la voluntad del testador, dándole pleno vali- dez al testamento, por lo que si no se cumple con este requisi-

(80) Mazeaud Henri, León y Jean, Op. cit. págs. 370 y 371.

to será afectado de nulidad.

El último requisito para el testamento ológrafo que se exige en el derecho francés es la firma, tal vez el más esencial, dado que si falta este requisito es imposible lograr posteriormente la autenticidad del testamento.

De acuerdo con el derecho francés pueden admitirse algunas atenuaciones en cuanto a la escritura o a la fecha, pero en ningún caso en cuanto a la firma, es por ello que la falta de esta implica la nulidad absoluta.

En relación con la firma no existe menciones concretas acerca de la forma en que debe hacerse, por consiguiente, basta que sea la que haya utilizado el testador como habitual en todos sus actos mientras vivía.

El lugar de la firma generalmente es al final del documento, pero se ha admitido la posibilidad de que vaya en el cuerpo del mismo y lo principal es que la firma se estampe inmediatamente después de haber redactado el testamento. No obstante se ha admitido en el derecho francés la posibilidad de firmarlo con posterioridad siempre y cuando se indique la fecha cuando se hace.

Merece especial comentario lo relativo a las formas - de garantizar la conservación del testamento ológrafo hasta que el testador deposite su testamento, una vez que lo ha otorgado y en caso de que decida su depósito puede hacerlo ante un notario o ante funcionario público.

El depósito más común es el que se lleva a cabo ante un notario, existiendo al respecto los siguientes supuestos:

"En el Derecho francés existe en dos supuestos una obligación legal de que el testamento ológrafo sea depositado en una notaría; así, para el caso de que dicho testamento se encuentre una vez muerto el testador en su casa, en el momento en que el juez del Tribunal de Instancia ponga los precintos en casa del fallecido, o bien para el caso de que el testamento contenga la designación de un legatario universal, según el art. - 1,006 del Código civil.

En el primer supuesto son dos las situaciones en las que el testamento ológrafo puede encontrarse: a) Si se trata - de un testamento y esta cacheé, el juez ordenará su depósito en una notaría -art. 916, 1.º, del Code de Procedure Civile-, b) - Por el contrario, si el testamento se encuentra abierto, el --- juez, después de constatar la forma exterior y el estado del agto, lo suscribirá con las personas allí presentes, después orde

nará todas las formalidades prescritas para la apertura de los testamentos ológrafos, según el art. 917 del Code de Procedure Civile.

En notario que reciba el depósito de un testamento -- ológrafo lo abrirá y redactará un informe, y en el plazo de un mes mandará al secretario del Tribunal de Instancia una copia - del informe y del testamento, debiendo ser conservadas ambas en el archivo correspondiente. Según el art. 1.007 del Código civil, el tribunal será el del lugar de la apertura de la suce-- sión." (81)

De lo anterior se desprende que pueden darse varios - supuestos en cuanto al depósito del testamento ológrafo, mismos que tienden a garantizar su autenticidad y asegurar su poste-- rior apertura la cual puede ser solicitada por el heredero.

E. Derecho Italiano.

Dentro del derecho italiano existen dos grupos de tes tamentos los ordinarios y los especiales. Son ordinarios el o- lógrafo y el hecho por acto de notario, que a su vez puede ser

(81) Torres Teodora F, Op. cit. págs. 381 y 382.

público y secreto.

El testamento ológrafo esta previsto por el artículo 602 del Código Civil italiano, el cual debe ser escrito por entero, fechado y firmado de mano del testador.

Al igual que en el derecho francés son tres los requisitos esenciales que deben cubrirse para la existencia de esta clase de testamento, los cuales son los relativos a la escritura, a la fecha y a la firma.

Por lo que se refiere al primer requisito relativo a la escritura del testamento ológrafo de propia mano del testador, tenemos que puede escribirse con cualquier medio y sobre cualquier materia quedando excluido los medios mecánicos de toda especie, como sería la imprenta y la dactilografía. Así mismo, se excluye la escrituración por medio de otro aún cuando sea solamente parcial, y en cuanto al idioma puede redactarse en cualquiera siempre y cuando se exprese de manera clara la voluntad del testador.

En cuanto a la fecha debe estar expresada en día, mes y año, admitiéndose abreviaturas con números, lo que no se admite es que falte alguno de los tres elementos o sea, día, mes y año.

Ahora bien, la fecha puede ser cancelada o corregida y en caso de que no se especifique una nueva fecha salvada con la firma del testador es claro que el testamento será anulado.

Es indiferente el lugar en donde se ponga la fecha, - puede ir al principio, al final o inclusive después de la firma.

Al igual que en las demás legislaciones, la firma del testador es el elemento esencial y característico del testamento ológrafo, al respecto Domenico Barbero dice que: "la suscripción, o firma, es la que concluye y completa el negocio formal; antes de la firma y sin la firma el testamento, no sólo es nulo -como dice el art. 606-, sino que es más bien no hecho.

a) Debe ponérsela, pues, de necesidad, al final de las disposiciones.

b) Pero no es necesario que esté expresada en nombre y apellido (aunque es bueno que lo esté así, a fin de eliminar toda duda), cuando baste para individualizar con certeza a la persona del testador (art. 602). Por consiguiente, no sólo es válida la firma con pseudónimo, sino también la firma con sobre nombre, cuando tenga en el ambiente la notoriedad del nombre y sea exclusivo de una persona: más todavía, se ha reconocido, -

incluso, como válida firma la ausencia de todo nombre y la sola indicación del parentesco con una persona (ejemplo: tu padre, tu marido, tu tío, etc., en la carta que contuviese el testamento). Mucho más, por lo tanto, es válida una firma ilegible, -- una sigla, etc., ya que el único requisito es que valga para hacer asumir la paternidad de las disposiciones y para identificar al testador sin posibilidad de equívoco.

c) La firma concluye el acto, y con él el negocio, -- aunque esté puesta ex intervallo, esto es, después de algún -- tiempo de la escrituración de las disposiciones y de la posi-- ción de la fecha misma." (82)

De acuerdo con el derecho italiano, para que exista -- el testamento ológrafo desde un punto de vista formal basta que se cumplan los requisitos antes comentados.

Sin embargo, por tratarse de un acto privado la ley -- impone la necesidad de su publicación para que las personas in-- teresadas en el mismo tengan conocimiento de su existencia y -- puedan servir de título suficiente para la transmisión de los -- derechos en él instituidos, por consiguiente, procede un depósi-- to ante notario, para que surta efectos la publicación del tes--

(82) Barbero Domenico, Op. cit. págs. 278 y 279.

tamento.

En relación con esto Teodora F. Torres comenta lo siguiente: "En el Derecho italiano, una vez que el testamento es tá en poder del notario éste procederá a su publicación. En -- presencia de dos testigos redactará, en la forma de los actos -- públicos, un acta en la cual describirá el estado del testamen-- to, reproducirá su contenido y hará mención de su apertura si -- le ha sido presentada con sellos; esta acta será firmada por -- la persona que presenta el testamento, por los testigos y por -- el notario. A dicha acta se le une el papel que contiene el es crito testamentario legalizado en cada folio por el notario y -- los testigos y la certificación de fallecimiento o copia de la providencia que ordena la apertura de los actos de última volun-- tad del ausente o de la sentencia que declara la muerte presun-- ta.

Una vez que ha tenido lugar la publicación del testa-- miento ológrafo, dos deberes legales de comunicación le incumben al notario:

1) Comunicar a la Cancillería del Juzgado de 1.ª Ins-- tancia en el cual se ha abierto la sucesión copia «in carta li-- bera» del acta de protocolización del testamento ológrafo. Aho ra bien, este deber de comunicación lo tiene el notario, cual--

quiera que fuere la forma de testamento elegida por el causante.

2) Comunicar la existencia del testamento ológrafo a los herederos o legatarios de los cuales se conoce el domicilio o residencia, según el art. 623 del Código civil.

La consecuencia inmediata de la publicación del testamento por el notario es que, una vez que la misma tiene lugar, el contenido del testamento ológrafo tiene ejecución, según el art. 620, párrafo 5.º La importancia de este efecto desde el punto de vista formal es doble:

a) Por una parte, porque en ese momento empieza a contarse el plazo de cinco años, dentro de los cuales tiene que ejercitarse la acción de anulabilidad para impugnar el testamento ológrafo por cualquier defecto formal que no sea por faltar la escritura o firma de la mano del testador, según el art. 606, apartado 2.º; o el plazo también de cinco años para poder impugnar el testamento ológrafo por incapacidad del testador, artículo 591 del Código civil.

b) Además, porque a pesar de ser una escritura con valor de documento privado, el mismo, una vez que ha sido protocolizado, es título suficiente del que puede derivarse el nacimiento

miento de cualquier derecho tanto de carácter patrimonial como no patrimonial." (83)

Conviene destacar que la publicación notarial que se hace no cambia la naturaleza del testamento ológrafo, por lo -- que este sigue siendo un documento privado, siendo sus efectos principales el de que su ejecución tenga lugar sin que exista -- oposición por parte de algún heredero o legatario instituido en otro testamento.

Con todo lo expuesto en el presente capítulo, existen elementos bastantes para que en el siguiente se hable concretamente de la proyección del testamento ológrafo, derivada esta -- de la conveniencia de fomentar su difusión.

(83) Torres Teodora F, Op. cit. págs. 383, 384 y 385.

CAPITULO V

Testamento Ológrafo: Conveniencia de su difusión.

En nuestra legislación el testamento ológrafo esta -- comprendido dentro de los ordinarios, y de acuerdo a sus características es uno de los más fáciles para su otorgamiento, por esta razón consideramos necesario que se le de una mayor difusión por las ventajas que reporta esta clase de testamentos.

Antes de entrar precisamente al estudio de las ventajas que el otorgamiento del testamento ológrafo ofrece, es pertinente tratar en primer lugar cuales son los problemas que de manera general se han presentado en relación con este testamento, refiriéndonos no solo a la problemática derivada de nuestra legislación vigente, sino también comprendiendo algunos problemas en otras legislaciones.

Una vez que los problemas hayan sido especificados se procederá a ver la manera en que han sido resueltos, lo que resaltará las ventajas que tiene este testamento.

Posteriormente, se señalarán los inconvenientes de esta forma de testar en donde quedará de manifiesto la subsistencia de algunos problemas en torno a este testamento.

Finalmente, se precisará en base a sus ventajas la -- conveniencia de fomentar su otorgamiento, para tal efecto, los inconvenientes que pudiera haber en nuestra legislación serían resueltos con algunas propuestas personales que se harán.

1. Problemática en torno a este testamento.

Desde el origen del testamento ológrafo se han ido señalando algunos problemas referidos al mismo, especialmente en cuanto a la posible falsificación que pudiera hacerse en este testamento, así como la posibilidad de que sea robado o sustraído, quedando así inexistente el testamento ológrafo.

Sin embargo, mediante la evolución legislativa que ha existido en relación con el testamento ológrafo algunos de sus problemas originales se han ido resolviendo, aunque no de manera uniforme debido a las variaciones que presentan las diferentes legislaciones.

A pesar de la evolución mencionada existen actualmente varios problemas que se presentan en materia de testamento ológrafo, los cuales pueden ser agrupados en los siguientes rubros: 1.- Problemas de redacción, 2.- Problemas de interpretación, 3.- Problemas de autenticidad, 4.- Problemas referidos a

las personas que pueden otorgar testamento ológrafo y 5.- Problemas en cuanto a su aseguramiento. Para una mayor comprensión de toda la problemática que se presenta en torno al testamento ológrafo es necesario precisar cada uno de los rubros antes anumerados:

1.- Problemas de Redacción.

Esta clase de problemas es evidente que surgen en virtud de que el testamento ológrafo tiene por característica principal el de ser redactado de puño y letra por el propio testador. Generalmente, las personas que otorgan esta clase de testamentos no tiene en todos los casos la preparación y conocimientos de técnica legislativa o de redacción que les permita expresar claramente cual es su voluntad.

Por lo tanto, el primer problema que surge en relación con esta forma de testar es el que enfrenta la misma persona que ha de redactar su testamento, pues carece en muchos de los casos de la habilidad necesaria para hacer una redacción precisa de su última voluntad, lo cual es necesario dada la trascendencia que tiene este acto.

En base a esto se ha dicho que los analfabetos no pueden elaborar un testamento ológrafo, basta entonces que una per

sona sepa leer y escribir para que pueda hacerlo. No obstante, consideramos que además de saber leer y escribir a de tener -- cierta habilidad en la redacción para que pueda expresar claramente el destino de sus bienes mediante esta vía testamentaria.

2.- Problemas de Interpretación.

Derivado del anterior surge uno de los problemas que suele presentarse con frecuencia en el testamento ológrafo y es el relativo a los problemas de interpretación, que se presentan por el hecho de que el testador no expreso con toda precisión - cual es su voluntad.

Este problema llega a ser aumentado por los propios - familiares que descubren que no estan incluidos en el testamento en la forma o porcentaje que ellos quisieran, por lo que llegan a impugnarlo argumentando problemas interpretativos, mismos que en efecto llegan a darse por la falta de conocimientos en - la redacción que pudo haberse dado en el testador, no dejando - en consecuencia de una manera clara los bienes, porcentajes o - disposiciones que queria realmente expresar.

3.- Problemas de Autenticidad.

Dentro de los problemas más graves que pueden darse -

en relación con el testamento ológrafo están los relativos a su autenticidad, comprendiéndose aquí varios aspectos como son los referidos al contenido, fecha y firma.

Los problemas que pueden surgir en cuanto al contenido del testamento ológrafo son muy variados, ya que pueden abarcar desde el material que se utiliza para redactar el testamento hasta las frases mismas que en él se redactan.

En efecto, se discute por ejemplo si puede escribirse el testamento con lápiz o bien, si puede hacerse en taquigráfica. También se discute si puede elaborarse en cualquier clase de hojas y si han de ser todas de la misma especie o forma. Sin embargo, el problema mayor llega a presentarse cuando hay frases o párrafos tachados o entre paréntesis o con raspaduras, lo cual puede afectar seriamente el contenido del testamento.

Por lo que se refiere a los problemas relativos a la fecha, estos son de especial trascendencia toda vez que la fecha es fundamental para determinar si el testador estaba en pleno uso de sus facultades mentales en el momento de elaborar su testamento. Así mismo, es importante en los casos donde hay varias disposiciones testamentarias, ya que permite determinar cuál es la última o cual es la que en definitiva debe subsistir.

Los problemas referentes a la firma presentan también gran polémica, en virtud de que esta es el elemento esencial y característico del testamento ológrafo por lo tanto debe quedar claro que se entiende por firma para que no exista alteraciones al respecto.

En relación con los problemas contenidos en este rubro se encuentra uno que sin lugar a dudas puede darse al momento de redactar el testamento y que afecta su autenticidad, me refiero específicamente a la violencia, física o moral, que pudiera ejercerse sobre el testador para forzarlo a redactar un testamento ológrafo en contra de su voluntad.

4.- Problemas referidos a las personas que pueden otorgar un testamento ológrafo.

De acuerdo con nuestra legislación se dispone categóricamente que sólo los mayores de edad pueden otorgar esta clase de testamentos.

Otras de las personas autorizadas por nuestra legislación para otorgar un testamento ológrafo son los extranjeros, acerca de los cuales se dice que pueden elaborar su testamento en su propio idioma, no obstante, hay que considerar que no se descarta la posibilidad de que lo redacten en español pudiendo

motivar esto algunos problemas.

Por otro lado, no se hace especial mención en nuestra legislación a algunas personas afectadas en sus sentidos por -- ejemplo los sordomudos y ciegos en cuanto a los primeros no se discute que puedan otorgar testamento ológrafo si saben leer y escribir y pudieran hacerlo, pero por lo que se refiere a los - ciegos se debate el hecho de que si valdría un testamento que - redactará con su punzón de acuerdo con el sistema propio de los mismos. Las opiniones relacionadas con este problema han sido variadas y contradictorias argumentando algunos que si es posible pero negándolo otros.

5.- Problemas en cuanto a su aseguramiento.

Desde tiempo antiguo ha sido quizás uno de los problemas más comunes y graves que se han presentado en torno al testamento ológrafo, pues no siempre se han dado las maneras de aseguramiento que existen en la actualidad, consistentes principalmente en el hecho de hacer un depósito del testamento ante - algún notario u otra autoridad pública.

No obstante, subsiste este problema en algunas legislaciones en donde no se exige el depósito, por lo que queda abierta la posibilidad de que si el testador conserva en su poder su propio testamento, este pueda ser robado o alterado.

Para las legislaciones que prevén el depósito del testamento ológrafo o la protocolización del mismo, han surgido algunos problemas en donde las excesivas formalidades en algunos casos llegan a ser un obstáculo o gravoso para el otorgamiento de esta clase de testamento.

A pesar de que se procura, por otro lado, asegurar -- bien la subsistencia del testamento es posible que llegue a ser robado o destruido, en cuyo caso se procederá a darle validez - al duplicado, mismo que pudo haber sido alterado creando esto - algunos problemas relativos a la autenticidad del testamento.

Con lo expuesto se aprecia claramente que son multi-- ples y variados los problemas que surgen en relación con el testamento ológrafo, los cuales solamente han sido enunciados para que en los siguientes incisos pueda verse la forma en que se resuelven, lo que a su vez permitirá destacar las ventajas e in-- convenientes acerca de este testamento, así como las soluciones que al efecto sean necesarias proponer.

2. Ventajas de su otorgamiento.

En las diferentes legislaciones, en las cuales hay algunas variaciones en la forma de regular el testamento ológrafo existe tanto ventajas como inconvenientes relacionados con esta

manera de testar.

A continuación nos referiremos en primer lugar a las ventajas que se le atribuyen al testamento ológrafo, para tal efecto citaremos a varios autores extranjeros para ver las ventajas que señalan de acuerdo a sus legislaciones; posteriormente nos referiremos a los autores mexicanos que hablan sobre el mismo tema; finalmente y en base al conjunto de ventajas que quedan expuestas se considerará las soluciones que ofrece a los distintos problemas que quedaron enunciados en el inciso anterior.

Dentro de los autores franceses, Planiol y Ripert consideran las ventajas del testamento ológrafo diciendo que: "ofrece gran comodidad, especialmente para las personas enfermas que no siempre tienen a su disposición tiempo o medios para procurarse un Notario y para las personas indecisas o tímidas, que gustan de leer y volver a leer sus disposiciones antes de considerarlas definitivas. Los prejuicios han desaparecido y el testamento ológrafo, por fin, ha pasado completamente a ser de uso diario.

Es la forma más sencilla para testar, ya que basta con saber escribir y es el mejor modo de mantener secretas las disposiciones de última voluntad." (84)

(84) Planiol y Ripert, Op. cit. pág. 555.

Por su parte, los hermanos Mazeaud dicen que: "el -- testamento ológrafo presenta, sobre las otras dos formas testamentarias, ventajas evidentes. De una parte, es rigurosamente secreto. Por otra parte, es muy práctico; sin él, un enfermo que se encuentre en la imposibilidad de hacer que acuda un notario, no dispondría de medio alguno para expresar su última voluntad; y no implica gasto alguno." (85)

En Argentina Héctor Lafaille expresa con claridad -- que: "Las ventajas del testamento ológrafo son indudables, como se expresa a continuación.

a) Comodidad y secreto.- Ante todo, para el testador presenta la comodidad de otorgarlo en el momento que crea conveniente, y dedicarle toda la reflexión que estime necesaria. -- También, con la misma facilidad puede ser destruido, y tanto el acto como su revocación permanecen en absoluto secreto.

Esta última es la mayor facilidad que ofrece esta figura.

El testamento suele acarrear serios conflictos de familia, rencillas, dificultades y antipatías; pero como la for-

(85) Mazeaud Henri, León y Jean, Op. cit. pág. 365.

ma ológrafa permite disponer sin que nadie lo sepa, tales inconvenientes quedan subsanados. En efecto, las condiciones exigidas dependen exclusivamente del autor y no intervienen para nada los extraños.

b) Formas simplificadas.- Al compararlo con las demás categorías, el testamento ológrafo se caracteriza por la sencillez de los requisitos, ya que todo se reduce a la exigencia de que sea de puño y letra del otorgante, firmado y fechado por el mismo.

c) Economía en los gastos.- Aparte de lo que antecede, el testamento ológrafo ofrece el beneficio nada despreciable de no exigir gastos de papel sellado, ni los honorarios que comporta una escritura pública.

d) Modo de expresión.- El autor puede valerse de cualquier lengua, según lo permite el art. 3641. Cada cual está facultado pues, para recurrir al idioma que le sea más familiar, con la cual se elimina una mala interpretación a las maniobras dolosas que caben hasta en los actos públicos, a pesar de la garantía que los rodea." (86)

(86) Lafaille Héctor, Op. cit. pags. 226 y 227.

También en Argentina, la Enciclopedia Jurídica Omeba precisa las ventajas del testamento ológrafo diciendo al respecto lo siguiente: "Las ventajas que ofrece esta manifestación de última voluntad y que han contribuido a su aceptación en la mayoría de las legislaciones vigentes, pueden resumirse en la siguiente forma:

a) Su comodidad. Ya que quien teste en forma ológrafa no está obligado a recurrir al escribano, lo que le permite una mayor flexibilidad en la adopción de las disposiciones relacionadas con la transmisión póstuma de sus bienes. Además, como es una manifestación privada de voluntad, puede ser modificada, también en forma privada, sin ningún requisito formal.

b) La posibilidad de mantener en secreto la disposición adoptada. Como ya hemos dicho en el párrafo anterior, en el testamento ológrafo sólo interviene el testador, que puede quedar exento, así, de la influencia de terceros, así como de la necesidad de adoptar actitudes póstumas que, aunque no condigan con su auténtica voluntad, faciliten sus relaciones con las personas que lo rodean.

c) Su simplicidad y economía, que resultan por una parte del hecho de que no se necesita la intervención de escribano y, por otra, de que no se altera su vigencia aunque se ha-

yan omitido algunos requisitos formales." (87)

Comentando la legislación española, Guillermo Cabanellas habla también de las ventajas de esta clase de testamento en los siguientes términos: "El testamento ológrafo, el preferido de la actualidad -pues presenta hasta la ventaja de ahorrarse los honorarios notariales, aunque los de protocolización sean ineludibles-, del que quedan excluidos naturalmente los -- analfabetos, pueden hacerlo los mudos, los sordomudos y aun los ciegos aunque esta última posibilidad encuentre contradictores." (88)

De acuerdo con nuestro derecho mexicano entre los autores que señalan las ventajas del testamento ológrafo, Arturo Fernández Aguirre dice: "el testamento ológrafo tiene la doble ventaja de la comodidad y del secreto absoluto. Puede hacerlo el testador en el momento que quiera, con la calma o con la rapidez que estime prudente y en el lugar que quiera, y sin la intervención, absolutamente de nadie." (89)

(87) Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXVI, Op. -- cit. pág. 167.

(88) Cabanellas Guillermo, Op. cit. pág. 693.

(89) Fernández Aguirre Arturo, Op. cit. págs. 527 y 528.

Por su parte, Antonio De Ibarrola refiriéndose a las ventajas expresa los siguientes comentarios: "SALEILLES en cambio dice que es 'la salvaguardia de la justicia, la salvaguardia suprema de la libertad testamentaria'. Realmente, su sencillez y su secreto ofrecen innegables ventajas. En los pueblos acostumbrados a las fórmulas rápidas y sencillas, el testamento ológrafo suplanta a los demás: por su sencillez y su baratura es el testamento preferido entre nosotros por las clases modestas. Esto queda demostrado con el hecho de que, procediendo actualmente del Derecho francés, haya tomado rapidísimamente carta de naturalización en Alemania, a pesar de las consideraciones de lege ferenda en su contra de Leonhard y de Siber." (90)

Finalmente, Rafael De Pina dice: "Entre las ventajas figuran, desde luego, la facilidad que presta el otorgamiento de la última voluntad; la economía, puesto que los gastos que ocasionan son realmente insignificantes y el secreto en que permanece lo dispuesto por el testador." (91)

En base a todas las ventajas que señalan los autores anteriormente citados y con apoyo además no sólo en nuestra le-

(90) De Ibarrola Antonio, Op. cit. pág. 678.

(91) De Pina Rafael, Op. cit. pág. 339.

gislación sino también en la práctica del depósito del testamento ológrafo que se hace en el Archivo General de Notarías, podemos ver que son varios los problemas que se resuelven haciendo de esta clase de testamento una de las mejores opciones para -- testar.

En efecto, tenemos que en primer lugar el problema de la redacción si bien llega a subsistir en varias legislaciones, en nuestro país este problema ha sido aminorado en virtud de -- que a todas las personas que acuden al Archivo General de Notarías para otorgar su testamento ológrafo, se le proporcionará -- gratuitamente un formato, mismo que sirve de guía para que puedan redactar su testamento cualquier persona aún sin tener in-- formación especializada sobre la materia.

Para apreciar la ayuda que se le otorga a las perso-- nas para la redacción de su testamento ológrafo en nuestro me-- dio, conviene transcribir dicho formato:

"Yo..... en pleno uso de mis facultades físicas y -- mentales y sin que medie coacción alguna, manifiesto mi voluntad con el deseo de que se cumpla lo aquí escrito después de mi fallecimiento, de la manera siguiente:

Nombre como mi (s) único (s) y universal (es) herede-

ro (s) a mi esposa (o) a mi (s) hijo (s) o cualquier otra persona que el testador designe, a quien (es) otorgo mis bienes muebles e inmuebles. (Puede describir la ubicación del inmueble, entendiéndose éste por casa o terreno por partes iguales o la totalidad de éstos a quien haya heredado).

Y a la vez nombro como albacea (si quiere designar alguno).

Y a falta o por algun impedimento de alguno de los herederos anteriormente mencionados, nombro a

Declaro que estuve casado (a) por el régimen de
 con el o (la) procreando hijos,
 de nombres todos de apellidos
 siendo mayores de edad.

En caso de ser menores de edad y si se le nombra heredero, deben nombrar uno o unos representantes legales, para que vea por los intereses de éste hasta su mayoría de edad.

NOTA: Puede a su criterio, anotar alguna recomendación en especial condición, consejo, poema, etc."

Mediante el formato antes transcrito, las personas --

que otorgan su testamento ológrafo tienen una guía importante - para poder redactar las disposiciones de su última voluntad.

Sin embargo, como se verá en el siguiente inciso, sub sisten algunos inconvenientes derivados inclusive del mismo for mato por omitir algunos datos importantes como después se pre ci sará.

Al solucionar en parte el problema de la redacción se soluciona también el referido a la interpretación, pues si la - voluntad del testador se expresa claramente no habrá dificultades para interpretarlo.

Uno de los problemas que permanece en las diferentes legislaciones, a pesar de las ventajas que las mismas le atribuy en al testamento ológrafo, es el relativo al de su autenticidad en sus diferentes aspectos. Inclusive en nuestro país esto no ha encontrado una solución completa, además de que es muy di fícil, por ejemplo, acreditar si el testador estaba en pleno -- uso de sus facultades mentales o sin que fuera coaccionado al - momento de redactar su propio testamento, lo que naturalmente - va en contra de la autenticidad de esta clase de testamento.

Por otro lado y en relación con las personas que pueden otorgar testamento ológrafo encontramos que la práctica en

nuestro medio es el de hacerlo posible para el mayor número de personas especialmente la de escasos recursos, a pesar de ello es frecuente que se rechace el depósito de testamentos ológrafos hechos por personas analfabetas que, aún sabiendo más o menos leer y escribir, es muy difícil que redacten su testamento por no hacerlo de una manera legible; también se niega el depósito cuando se trata de personas invidentes y se procura en todos los casos que el testamento sea hecho con tinta y con un sólo tipo de letra.

En cuanto al problema de aseguramiento, nuestra legislación ofrece varias ventajas ya que se exige que esta clase de testamento sea depositado en el Archivo General de Notarías, lo cual evita cualquier forma de sustracción o alteración del testamento.

No obstante las ventajas y problemas que se resuelven con el testamento ológrafo, hay algunos inconvenientes a los cuales nos referiremos a continuación.

3. Inconvenientes de esta forma de testamento.

Siguiendo el mismo orden del inciso anterior señalaremos los inconvenientes que los autores mencionan en relación --

con el testamento ológrafo; empezaremos así citando a los autores extranjeros para después referirnos a los nacionales y finalmente hacer algunos comentarios personales al respecto.

Para Planiol y Ripert: "La forma ológrafa no deja de ofrecer inconvenientes con ella es más fácil la sugestión, la captación de voluntad y la destrucción del mismo testamento; propicia falsificaciones que los peritos están muy lejos de descubrir de modo terminante." (92)

Por su parte los hermanos Mazeaud señalan que: "por ser muy someras, sus formalidades no ofrecen las mismas garantías para la protección de la voluntad del testador que el testamento auténtico. Las presiones, la captación no se evitan; se pueden cometer algunas falsedades; los peligros de pérdida o los de destrucción, sobre todo por algún heredero, son considerables; por último, por haber obrado por sí solo, el testador expresará con frecuencia mal su voluntad, que tal vez deforme luego la interpretación judicial. Por lo demás, es posible subsanar algunos de tales inconvenientes solicitando officiosamente el asesoramiento de un notario para la redacción, y depositando el testamento en una notaría, donde su conservación que dará perfectamente asegurada; pero hay que calcular entonces algunos gastos, menos elevados, no obstante, que los necesarios

para la redacción de un testamento auténtico." (93)

En la legislación argentina se han señalado algunos - inconvenientes. Por ejemplo, Héctor Lafaille dice al respecto que los reparos que se presentan en el testamento ológrafo son los siguientes:

"a) Destrucción.- Debe contarse en primer término la posibilidad de una supresión interesada. Si cae en manos de un heredero de sangre no favorecido puede hacerlo desaparecer sin dejar rastros, dado que de él no queda ninguna constancia. Para reducir esta deficiencia se aconseja redactarlo en varios -- ejemplares, que se depositan en lugares distintos - tales como una oficina pública, una escribanía o un banco -, o bien se con fian a personas seguras.

b) Captación.- Se ha dicho igualmente que da lugar a captaciones pero este argumento, formulado por ciertos autores franceses, nos parece que prueba demasiado. Cuando se dispone por acto público, también es posible torcer la voluntad de las personas siempre que medie la connivencia del escribano, sobre todo en los momentos finales de la vida del testador. En cambio, el procedimiento que estudiamos permite a los particulares redactar estos documentos lejos de toda intervención extraña.

(93) Mazeaud Henri, León y Jean, Op. cit. págs. 365 y 366.

c) Falsificación.- Finalmente, se esgrime contra el testamento ológrafo la objeción a que aludía Demolombe, de que es más fácil de adulterar; pero puede responderse que el hecho de ser escrito, fechado y firmado por la mano misma del testador presenta serias garantías y facilita sobremanera el descubrimiento del delito que logrará perpetrarse." (94)

También en relación con la legislación argentina, encontramos que en la Enciclopedia Jurídica Omeba se dice que: "el testamento ológrafo presenta también una serie de inconvenientes que podemos resumir en la siguiente forma:

a) En primer término debe mencionarse la posibilidad de su falsificación, aunque en los últimos tiempos este riesgo se ha atenuado gracias a la intervención cada vez más perfeccionada de los peritos calígrafos.

b) Además, como no existe ninguna constancia formal de su existencia, puede ser destruido por los herederos legítimos o, en el caso de que éstos no existieran, por las personas a las que beneficiaba un testamento anterior.

c) Posibilita también la captación de herencia. Se conocen muchos casos en los que una persona enferma o que sin

(94) Lafaille Héctor, Op. cit. pág. 227.

llegar a ser incapaz no goza del pleno uso de sus facultades, - ha sido dominada o influida por los que la rodeaban en sus últimos momentos, hasta el extremo de llegar a testar en su favor."

(95)

En relación con la legislación española, Guillermo Cabanellas dice que: "como objeciones del ológrafo se alegan el no permitir establecer si el testador se encontraba en su cabal juicio al redactarlo, lo cual ha de desprenderse del mismo texto y de la notoriedad posible de su demencia en la fecha de otorgamiento. Además, y esto es más cierto, puede ser falsificado, y aun forzado por el miedo o la violencia. No dejan de tener también fuerza el invalidarse algunos de ellos por ignorar los testadores los elementales requisitos de este testamento, - por no hacer las consultas adecuadas." (96)

Dentro de los autores mexicanos, Arturo Fernández Aguirre señala los referidos al testamento ológrafo: "1) No está, prácticamente, al alcance de cualquier persona, sino sólo - de aquellas que, por haber desempeñado algún empleo o por su posición social hayan dejado escritos que no dejan lugar a duda -

(95) Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXVI, Op. cit. págs. 167 y 168.

(96) Cabanellas Guillermo, Op. cit. pág. 693.

que son de él. 2) En cuanto a su conservación, son de fácil -- destrucción y fácilmente pueden alterarse. 3) Y por lo que se refiere a su validez, puede hacerse por persona que ignore los requisitos, bien de forma, bien de fondo, y fácilmente resulta nulo." (97)

Por su parte, Antonio De Ibarrola dice que: "A) Porque se presta a la falsedad y al fraude. Habla Planiol de que se hacen más fáciles la sugestión y la captación y permite falsificaciones, sobre las cuales los peritos están muy distantes de poder opinar con certeza (historia del falso testamento del señor de la Boussiniere).

B) Porque no deben otorgarse facilidades en detrimento de las garantías que deben tener los actos de esta gravedad.

C) La relativa facilidad de la desaparición en las legislaciones que, contrariamente a la nuestra, no exigen el depósito. Para zanjar esta dificultad nuestro Código exige el depósito, lo cual en realidad viene a someter la eficacia del testamento a una operación ulterior y accesorias, que desnaturaliza - el testamento OLOGRAFO. 'Los testamentos ológrafos no producirán efecto si no están depositados en el Archivo General de No-

tarías en la forma dispuesta por los artículos 1553 y 1554' dice el segundo párrafo del art. 1550." (98)

Por último, Rafael De Pina afirma que: "como inconvenientes principales del testamento ológrafo se han señalado el riesgo de destrucción que en nuestro régimen legal está prácticamente eliminado con la exigencia de su depósito en el Registro Público de la Propiedad (hoy Archivo General de Notarías), y en la circunstancia de que no ofrece seguridad acerca del estado mental del testador en el momento de otorgarlo, que es verdaderamente seria." (99)

En realidad son pocos los inconvenientes que subsisten en relación con el testamento ológrafo, especialmente en lo que se refiere a nuestra legislación.

Consideramos que en esencia pueden darse los siguientes inconvenientes, especialmente en nuestro derecho y sistema que en la práctica se está llevando a cabo en cuanto al testamento ológrafo.

En primer lugar consideramos que el formato que pro--

(98) De Ibarrola Antonio, Op. cit. págs. 677 y 678.

(99) De Pina Rafael, Op. cit. pág. 339.

porciona el Archivo General de Notarías, si bien es una ayuda importante para las personas que desean realizar su testamento ológrafo, también encontramos que dadas sus características reporta algunas deficiencias que a nuestro parecer se traduce en inconvenientes, sobre todo si se toma en cuenta que este formato puede ayudar a resolver principalmente el problema de redacción.

En efecto, al guiar a las personas mediante el citado formato se puede lograr una redacción que exprese la voluntad del testador de una manera clara. Pero los inconvenientes que presenta el formato son los siguientes: Por un lado no hace --mención ni contiene indicación alguna acerca de la fecha, misma que como ya se ha visto es uno de los elementos principales que caracterizan al testamento ológrafo y sin el cual no tiene validez. Por lo tanto, si una persona se basará solamente en ese formato es probable que omita la fecha en que elabora su testamento.

Por otro lado, tampoco se hace indicación alguna de la firma que debe contener el testamento ológrafo, la cual es el elemento esencial de esta clase de testamento, produciendo la falta de la misma el que el testamento no tenga validez de acuerdo con el artículo 1551 del Código Civil.

En consecuencia, esos datos que no aparecen en el formato pueden dar lugar a omisiones fundamentales en las que pueda incurrir el testador y que producen que el testamento no tenga validez. No obstante estas omisiones, pueden subsanarse si el encargado del Archivo General de Notarías, antes de hacer el depósito, revisa cada testamento para cerciorarse de que contiene todos sus elementos entre ellos la fecha y la firma.

A pesar de ello y para evitar cualquier posible omisión, eliminando así estos inconvenientes, lo más acertado sería que en el formato que se comenta se pongan los espacios correspondientes a la fecha y firma del testador.

También en relación con el mismo formato y sin que esto represente en sí un inconveniente, puede comentarse que dentro de los requisitos que se señalan en el reverso del mismo no se hace ninguna mención a que el testador debe ser una persona mayor de edad (tener dieciocho años cumplidos). Sin embargo, al momento de hacer el depósito este requisito puede ser verificado por el encargado del Archivo General de Notarías.

Tampoco se señala como requisito que es necesario que los bienes referidos en el testamento tengan título de propiedad registrado, a pesar de esto en la práctica constituye un requisito para que el personal del Archivo General de Notarías --

pueda hacer el depósito.

Por lo tanto, lo más conveniente sería que se señalaran los requisitos antes aludidos para el efecto de evitar problemas a los testadores o retrasos para hacer el depósito.

El otro inconveniente que se presenta no sólo en nuestra legislación sino en todas las que prevén el testamento ológrafo, es el que no se puede determinar si el testador redactó su testamento en pleno uso de sus facultades mentales; tampoco es posible precisar si lo realizó de una manera libre o bajo la influencia de algunas amenazas.

En realidad es muy difícil que se pueda saber cual -- era la situación y condiciones en general bajo las cuales se redactó el testamento ológrafo, admitiéndose efectivamente la posibilidad de algunos vicios.

En el caso de que se haya realizado el testamento bajo la influencia de amenazas, esto se subsanaría mediante la revocación posterior que hiciera el testador para cambiar su testamento. No obstante, el problema subsistiría en el supuesto -- de que el testador falleciera poco después de haber realizado -- el depósito sin tener la posibilidad de cambiar de testamento.

Consideremos que estos problemas no sólo pueden darse en el testamento ológrafo sino también en los demás, para tal efecto el Código Civil ha previsto las nulidades para aquellos casos en que el testamento se encuentra viciado.

En cuanto a lo que se refiere al aseguramiento del testamento ológrafo, que ha sido uno de los problemas más grandes referido al testamento ológrafo, en nuestra legislación se soluciona mediante el depósito que se hace en el Archivo General de Notarías. Por lo tanto, se evitan los problemas de sustracción y alteración del testamento, pues aún en el caso de que sea destruido el testamento que se depósito en el Archivo General de Notarías puede utilizarse en sustitución del mismo el duplicado, en donde la autenticidad de este se encuentra garantizada mediante la firma del testador y la impresión de su huella digital, razón por la cual resulta difícil alteraciones o falsificaciones sobre todo cuando es el testamento depositado el que sirve de base para realizar la última voluntad del testador.

Como un aspecto especial que puede dar lugar a inconvenientes en el otorgamiento del testamento ológrafo está el problema que ya se había planteado acerca de los invidentes, pues existe en la doctrina la discusión de si la imposibilidad física que padecen estas personas se traduce en un inconvenien-

te o incapacidad para elaborar su testamento ológrafo.

Las opiniones que se han expresado al respecto son -- contradictorias, pues algunos afirman que dicha imposibilidad -- física no influye en la capacidad de las personas. En cambio, otros afirman que dadas las características del testamento ológrafo es imposible que los invidentes elaboren un testamento ológrafo.

Teodora F. Torres expresa en relación con este debate lo siguiente: "Partiendo de que los defectos físicos no son -- causa de restricción de la personalidad jurídica y que, por lo tanto, el que tiene la capacidad legal necesaria para otorgar -- testamento ológrafo puede hacerlo, el tema, para optar por una solución positiva creo debemos centrarlo en el hecho de si dichas personas pueden cumplir con los requisitos formales necesarios para la existencia de dicha forma ológrafa, y, si esto es posible, entonces admitir la posibilidad de que los ciegos puedan otorgar testamento ológrafo." (100)

Agrega la autora antes citada que cuando el invidente emplea el sistema Braille para redactar su testamento ológrafo, no es admisible de ninguna manera su otorgamiento ya que no es

elaborado con el puño y letra del propio testador haciendo imposible la identificación del autor del testamento. Por otro lado y de acuerdo con nuestra legislación no se cumpliría con una de las formalidades que se exige para el depósito, o sea aquella en donde el testador debe escribir de su puño y letra en el sobre que contiene su testamento la siguiente nota: "dentro de este sobre se contiene mi testamento".

Queda claro que esta formalidad necesaria para el depósito del testamento ológrafo no puede ser cumplida por un invidente que utiliza el sistema Braille como medio de escritura.

Por otro lado, la autora antes mencionada concluye -- que si el ciego utiliza la escritura normal con rasgos grafológicos que provengan de su propio puño y letra, existiendo además algunos otros escritos de él que permitan identificar a la persona, entonces es admisible que los ciegos puedan testar en forma ológrafa.

Por nuestra parte consideramos que, como ya se mencionaba, de acuerdo con nuestra legislación y para dar un debido cumplimiento al testamento ológrafo, no es posible que los invidentes utilicen esta forma de testar. Esto se corrobora en la práctica, pues cuando algún invidente ha intentado hacer el depósito de su testamento ológrafo en el Archivo General de Nota-

rías no se ha efectuado el mismo, enviándolos generalmente ante un notario público para que elaboren su testamento y ya no en forma ológrafa.

Con todo lo anterior puede verse que son muy pocos -- los inconvenientes que se presentan en nuestra legislación y -- práctica en materia de testamento ológrafa, siendo por otro lado múltiples las ventajas que él mismo reporta, por tal motivo consideramos que es conveniente fomentar la difusión de esta -- clase de testamentos, por las razones que se precisarán en la -- parte final de esta tesis.

4. Conveniencia de fomentar su otorgamiento.

A través de la investigación que se ha realizado en -- el tema que nos ocupa y una vez que hemos visto que las venta-- jas que se atribuyen al testamento ológrafa son mayores, puede afirmarse que esta forma de testar es uno de los medios más efi caces y beneficios para la población en general.

Para ratificar lo antes dicho enfatizaremos algunas -- de las ventajas que ofrecen los testamentos ológrafos.

En primer lugar debe mencionarse la comodidad que re-

presenta esta forma de testar toda vez que el testador puede elaborar su testamento en su propio domicilio, donde no exista - presión de ningún tipo, antes por el contrario tendría la oportunidad de meditar cuidadosamente sus disposiciones testamentarias sin que estuviera presionado por cuestiones de tiempo y lugar.

Por otro lado, existe también la comodidad en relación con aquellas personas que desean otorgar esta clase de testamento, pues nuestro Código Civil permite que en caso de que - un testador estuviere imposibilidad para hacer personalmente la entrega de un testamento en la oficina del Archivo General de - Notarías, el encargado de la misma puede concurrir al lugar donde de el testador se encuentre para cumplir las formalidades del - depósito. (Artículo 1556 del Código Civil).

Por lo tanto, existe una doble comodidad referida al testamento ológrafo: una relacionada con la elaboración del -- mismo y la otra relativa a su depósito.

Otra ventaja que encontramos esta relacionada con la sencillez que se presenta en los testamentos ológrafos, en donde hay una simplificación de requisitos y formalidades, mismos que en muchos de los casos hacen gravoso el otorgamiento de algún testamento. Sin embargo, en virtud de que el testamento --

ológrafo representa una reducción de formalidades y una manera sencilla para su confección es en consecuencia una forma de testar accesible a todo tipo de personas.

También debe comentarse que aún cuando se haya realizado el depósito del testamento ológrafo, puede realizarse la revocación del mismo para el efecto de que el testador pueda -- realizar las correcciones o modificaciones que estime necesarias, pudiendo hacerlo libremente en el momento que quiera.

Es importante que se pueda hacer la revocación del -- testamento para aquellos casos en donde este se haya realizado bajo la influencia de amenazas o algunas presiones, pues en tales casos una vez que hayan cesado las mismas, el testador podrá revocar su testamento para hacer las modificaciones que estime necesarias.

Dadas las características del testamento ológrafo es el que admite el mayor secreto para su testador, ya que este generalmente tiende a elaborar su testamento en lo reservado de -- su habitación sin la presencia de otras personas que puedan influir en su voluntad alterándola o viciándola inclusive. Así, mediante esta forma de testar cualquier persona puede conservar un secreto absoluto respecto a su última voluntad.

Una ventaja muy importante relacionada con el testamento ológrafo lo es la que se refiere a su conservación, pues como se ha visto para algunas legislaciones sigue siendo un problema el aseguramiento del testamento ológrafo, no obstante, el mismo ha ido teniendo soluciones de diferente naturaleza. Por ejemplo, Sánchez Román comenta que: "los únicos peligros ciertos de los que se atribuyen á esta forma de testar son el de -- una posible desaparición ó sustracción del testamento, ó el de un descubrimiento ó noticia de su existencia tardíos: porque -- todos los demás ó pueden ser evitados ó no merecen ser tenidos en cuenta, que tal sucede con el de la captación, que lo mismo puede tener lugar en el testamento de formas solemnes, pues, se según se deja indicado antes, dado el influjo supuesto al captador, no ha de faltarle, por la sola diferencia de la necesidad de llamar un notario y testigos para formalizar el testamento, y mucho más si es cerrado ó abierto, hecho con sujeción á minuta que entregue el testador á aquél, y aun más peligroso que el ológrafo, si este borrador del testamento solemne estuviera hecho por un tercero, a quien el testador se le encargara escribir ó se le dictara, limitándose después a entregarle al notario, como expresión de su voluntad, mientras que el ológrafo ha de estar forzosamente escrito por el mismo testador y no por -- persona extraña, y una vez entregada la minuta al notario, o el mismo testamento escrito, para que sea cerrado, aunque no se ha yan cumplido todavía las solemnidades del otorgamiento en el --

primero, y mucho más en el segundo, si ya está otorgado y depositado en poder del notario, ofrece cierta dificultad retirar - uno ú otro ó realizar alguna modificación, en cuyo supuesto es más perturbador y pernicioso cualquier influjo ajeno á que el - testador pueda hallarse sometido en el testamento público ó cerrado, que en el privado ú ológrafo, que puede fácilmente revocarse ó modificarse á toda hora por el testador sin la intervención ni conocimiento de nadie y libre de aquellas influencias - que pudieran cohibir su voluntad al otorgar el anterior, que -- después revoca ó modifica." (101)

La solución que sé le ha dado a este problema en nuestro derecho es más acertada y confiable sobre todo porque se -- dispone específicamente 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." (Artículo 1550 párrafo segundo del Código Civil).

Esto significa que la conservación del testamento ológrafo queda debidamente asegurada, y aún en los casos en que pudiera ser destruido o robado el testamento depositado en el Archivo General de Notarías, se prevé en el artículo 1562 de nuestro Código Civil vigente que tendrá como formal testamento el -

(101) Sánchez Román Felipe, Op. cit. pág. 350.

duplicado, mismo que deberá encontrarse cerrado, sellado y con la firma y huella digital del testador, además de las marcas y otros medios en general que se hayan puesto para garantizar la inviolabilidad del sobre. Por lo tanto, la conservación del -- testamento ológrafo esta garantizada con las disposiciones previstas por el Código Civil.

Una de las mayores ventajas que se presenta a favor - del testamento ológrafo es lo relativo a su economía, ya que a principios del año de 1992 los derechos que se estan cobrando - para realizar el depósito en el Archivo General de Notarías es de \$ 117,000 (ciento diecisiete mil pesos ⁰⁰/100 M.N.), lo que representa un porcentaje muy bajo en relación con los demás testamentos, por ejemplo el que se efectúa ante un notario.

Por lo tanto, el testamento ológrafo es a todas luces la manera más económica de testar en nuestro país, lo que permite que aún las clases de menos recursos puedan efectuar el pago para el depósito de un testamento ológrafo, que representa una cantidad mínima que cualquier persona puede pagar para expresar su última voluntad.

A pesar de las ventajas que ofrece el testamento oló- grafo es muy bajo el número de estos que se encuentran registra- dos en la oficina del Archivo General de Notarías, pues según -

información proporcionada por la misma en marzo de 1992 solamente había 12691 testamentos depositados. Esto en comparación -- con el gran número de habitantes que existen en nuestro país y específicamente en el Distrito Federal representa un porcentaje muy bajo que consideramos debe ser incrementado dadas sus ventajas mencionadas.

El aumento de testamentos ológrafos que al efecto pudiera efectuarse ha de depender de una difusión que se de en relación con el mismo. A continuación, se proponen algunas modificaciones legales y sugerencias prácticas que tiendan precisamente a lograr su mayor difusión.

En primer término, consideremos que para dar una correcta difusión al testamento ológrafo como una de las formas de testar que presenta mayores ventajas, debe existir un fundamento legal para tal efecto. Por esta razón la propuesta principal que se hace sobre el tema es que se añada al capítulo IV del título Tercero, del libro Tercero del Código Civil para el Distrito Federal, el cual trata del testamento ológrafo, un artículo que constituye la base legal para que se realice la difusión del testamento ológrafo.

Así, se propone que se añada el artículo 1564 bis en los siguientes términos:

"Artículo 1564 bis.- Este testamento será promovido - por las dependencias gubernamentales que de alguna manera se -- vinculen con la familia y la educación, y a través de los me--- dios que para tal efecto se determinen, con el fin de hacerlo - accesible a un mayor número de personas."

Para justificar y hacer claro el precepto que propone mos se expresan las siguientes razones.

Ya hemos dicho que en virtud de las ventajas que ofrece el otorgamiento del testamento ológrafo, dentro de las cuales destacan su comodidad, secreto, conservación y economía, es por lo tanto conveniente que tenga una mayor difusión ya que el número actual de testamentos de esta clase registrados en el Archivo General de Notarías es muy bajo lo que revela el poco conocimiento que existe en la población acerca del mismo.

Por lo tanto, es necesaria su difusión, misma que para que pueda tener alcance y proyección efectiva, es importante que tenga un fundamento legal para que pueda llevarse a cabo. - Por esta razón se ha propuesto la adición al Código Civil vigente del artículo 1564 bis en los términos ya expresados.

De la redacción del precepto que se propone, se aprecia claramente que su objetivo es la difusión del testamento o-

lógrafo la cual ha de hacerse a través de las dependencias gubernamentales que de alguna manera se vinculen con la familia y la educación, y medios específicos que para tal efecto se designen.

Debe mencionarse que esas dependencias gubernamentales y medios de difusión serán determinados en concreto por el ejecutivo federal a través de los órganos y medios procedentes, por ejemplo, mediante un decreto presidencial podrían señalarse esas dependencias gubernamentales que de alguna manera se vinculen con la familia y la educación, y los medios de difusión que se utilizarían para que el testamento ológrafo sea conocido como una forma de testar más fáciles y accesibles para la población en general.

Por nuestra parte consideramos que dentro de las dependencias gubernamentales que de alguna manera se relacionan con la familia y la educación que podrían designarse para estos fines están las siguientes:

1.- La Secretaría de Educación Pública, la cual a través de los sistemas de educación para adultos podría incluir dentro de sus programas la difusión de esta clase de testamentos.

2.- El Sistema Nacional Para el Desarrollo Integral - de la Familia (DIF), misma dependencia gubernamental que por dedicarse a la atención de las cuestiones familiares es una de las más indicadas para avocarse a la difusión del testamento ológrafo haciéndolo extensivo a toda la comunidad.

3.- El Archivo General de Notarías por ser la oficina en la que se realiza el depósito del testamento ológrafo consideramos que debe realizar también acciones concretas para lograr una mayor difusión del testamento ológrafo.

Respecto a esta última dependencia gubernamental, se ha comentado ya que la misma proporciona gratuitamente un formato a todas las personas que desean realizar el depósito de su testamento ológrafo. Consideramos que esta labor es muy importante, pero como ya vemos dicho formato tiene algunas deficiencias, por lo que para que pueda cumplir plenamente con sus fines es necesario que se le agreguen algunos elementos que lo hagan un instrumento útil para la población.

En consecuencia, utilizando el mismo formato tanto en su anverso como reverso se propone que quede en los siguientes términos:

Anverso del Formato

México D.F., a de de 199...

Yo..... en pleno uso de mis facultades físicas y ---
mentales y sin que medie coacción alguna, manifiesto mi volun--
tad con el deseo de que se cumpla lo aquí escrito después de mi
fallecimiento, de la manera siguiente:

Nombro como mi (s) único (s) y universal (es) herede-
ro (s) a mi esposa (o) a mi (s) hijo (s) o cualquier otra pers-
na que el testador designe, a quien (es) otorgo mis bienes mue-
bles e inmuebles. (Puede describir la ubicación del inmueble,
entendiéndose éste por casa o terreno por partes iguales o la -
totalidad de éstos a quien haya heredado).

Y a la vez nombro como albacea (si quiere designar al
guno).

Y a falta o por algún impedimento de alguno de los he-
rederos anteriormente mencionados, nombro a

Declaro que estuve casado (a) por el régimen de
..... con el o (la) procreando hi-
jos, de nombres todos de apellidos

.... siendo mayores de edad.

En caso de ser menores de edad y si se le nombra heredero, deben nombrar uno o unos representantes legales, para que vea por los intereses de éste hasta su mayoría de edad.

NOTA: Puede a su criterio, anotar alguna recomendación en especial condición, consejo, poema, etc.

Firma del Testador.

Reverso del Formato

R E Q U I S I T O S :

- 1.- EL TESTADOR DEBE SER MAYOR DE EDAD.
- 2.- EL TESTADOR HARA DE SU PUÑO Y LETRA DOS ORIGINA--
LES MANUSCRITOS Y LOS PRESENTARA EN ESTA OFICINA.
- 3.- PARA PODER HACER SU TESTAMENTO ES NECESARIO QUE -
SU TITULO DE PROPIEDAD ESTE REGISTRADO.
- 4.- VENDRA ACOMPAÑADO DE DOS TESTIGOS QUE NO SEAN FA-

MILIARES NI HEREDEROS; TANTO EL TESTADOR COMO --
LOS TESTIGOS PRESENTARAN LA IDENTIFICACION OFI---
CIAL SIGUIENTE: LICENCIA DE MANEJO, PASAPORTE, --
CREDENCIAL DEL SEGURO SOCIAL, DEL I.S.S.S.T.E., -
DEL INSEM., O TARJETA POSTAL DE IDENTIFICACION, -
RECIENTE.

- 5.- PAGARA \$ 117,000.00 (CIENTO DIECISIETE MIL PESOS
00/100 M.N.) POR CONCEPTO DE DERECHOS, EL DIA DE
SU DEPOSITO.
- 6.- TRAERA DOS SOBRES EN BLANCO, TAMAÑO OFICIO. (LIM-
PIOS).
- 7.- EL SERVICIO ES DE LUNES A VIERNES. EL TESTADOR Y
LOS TESTIGOS DEBERAN PRESENTARSE A LAS 9:00 HRS.
(PREVIA CITA QUE SOLICITARA CON ANTICIPACION).
- 8.- TANTO EL TESTADOR COMO LOS TESTIGOS, TENDRAN QUE
ESPERAR EL TIEMPO REQUERIDO.
- 9.- LAS CITAS SE DARAN CADA DIA PRIMERO DE MES, QUE -
SEA LABORABLE DE 7:00 A 8:00 A.M.

NOTA: SIN EXCEPCION DE PERSONA, NO SE ATENDERA,

SI NO REUNE TODOS LOS REQUISITOS ANTERIO--
RES.

Como medios específicos de difusión, que consideramos factibles que podrían utilizar las diferentes dependencias gubernamentales antes enumeradas, están los de radio y televisión que en forma de campaña podría hacerse una difusión general del testamento ológrafo. Así mismo, podrían utilizarse folletos, - carteles y otros medios similares para que las diferentes dependencias gubernamentales a través de acciones concretas en sus - respectivos ámbitos fomenten la difusión del testamento ológrafo.

Consideramos que si las dependencias gubernamentales y medios de difusión mencionados realizaran la labor que al efecto se les encomiende, con fundamento en el artículo que se - propone, se lograría el objetivo que a través de esta investigación ha sido determinado, que es el de hacer que el testamento ológrafo tenga una mayor difusión para que sea accesible a un - mayor número de personas.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El testamento ológrafo tiene su origen en el Derecho Romano y su etimología deriva de los vocablos griegos olós, que significa entero, y grafein, escribir. Por lo tanto el testamento ológrafo es el que se escribe enteramente por el propio testador.

SEGUNDA.- El testamento ológrafo es regulado por primera vez, con aplicación para el Distrito Federal, por el Código Civil de 1928, como una forma ordinaria de testar.

TERCERA.- De acuerdo con nuestra legislación vigente, el testamento ológrafo es el escrito de puño y letra del testador, el cual debe ser mayor de edad, y para su plena validez debe expresarse la fecha y contener la firma y la huella digital en el propio testamento, mismo que debe ser depositado en el Archivo General de Notarías para producir sus efectos.

CUARTA.- Al testamento ológrafo se le aplican en principio las disposiciones de los actos jurídicos en general y de los testamentos en particular. Sin embargo, cuenta con un capítulo específico dentro del Código Civil, en el cual se norman sus peculiaridades.

QUINTA.- En materia de nulidades sólo es admisible para el testamento ológrafo la nulidad absoluta, ya que la relativa no tiene lugar dadas las características de este testamento.

SEXTA.- En el derecho extranjero existen varios países que han regulado el testamento ológrafo, siendo nuestra legislación una de las que mejor lo hacen, sobre todo por el aseguramiento a que se procede para la conservación del testamento ológrafo.

SEPTIMA.- Dentro de los inconvenientes que se señalan al testamento ológrafo, solamente pueden mencionarse los relativos a la capacidad mental del testador al momento de elaborar su disposición de última voluntad y el de la posibilidad de ser coaccionado para testar a favor de alguna persona. Sin embargo, esto último puede subsanarse mediante la revocación posterior que haga el testador para realizar las modificaciones pertinentes.

OCTAVA.- El testamento ológrafo tiene varias ventajas importantes que hacen de él una de las formas más convenientes de testar. Estas ventajas son: su comodidad, sencillez, secreto, conservación o aseguramiento y su economía.

NOVENA.- Debido a las ventajas que ofrece el testamen

to ológrafo, consideramos necesario que se promueva su otorgamiento, lo que permitirá que un gran porcentaje de la población utilice esta forma de testar.

DECIMA.- Para lograr la difusión acertada y eficaz -- del testamento ológrafo, se propone adicionar el capítulo del -- Código Civil para el Distrito Federal que trata sobre el mismo, para que exista un fundamento legal que permita tal difusión. -- Así, se propone el artículo 1564 bis en los siguientes términos:

"Artículo 1564 bis.- Este testamento será promovido -- por las dependencias gubernamentales que de alguna manera se -- vinculen con la familia y la educación, y a través de los me-- dios que para tal efecto se determinen, con el fin de hacerlo -- accesible a un mayor número de personas."

B I B L I O C R A F I A

1.- AGUILAR CARBAJAL LEOPOLDO.- Segundo Curso de Derecho Civil, Editorial Porrúa, Cuarta Edición, México, 1980.

2.- ALVAREZ JOSE MARIA.- Instituciones de Derecho Real de Castilla y de India, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo II, Primera Edición Facsimilar, México, 1982.

3.- ARAUJO VALDIVIA LUIS.- Derecho de las Cosas y Derecho de las Sucesiones, Editorial José M. Cajica. Jr. Segunda Edición, Puebla, México, 1972.

4.- BARBERO DOMENICO.- Sistema de Derecho Privado, -- Traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Tomo V, Buenos Aires, 1967.

5.- BATIZA RODOLFO.- Los orígenes de la Codificación Civil y su influencia en el Derecho Mexicano, Editorial Porrúa, Primera Edición, México, 1982.

6.- BONET RAMON FRANCISCO.- Código Civil Comentado -- con sus Apéndices Forales, Aguilar S.A. de Ediciones, Madrid, - 1962.

7.- BRUNNER HEINRICH.- Historia del Derecho Germánico, según la Octava Edición Alemana de Claudius Von Schwerin, - Traducida por José Luis Alvarez López, Editorial Labor, Barcelona, 1936.

8.- CABANELLAS GUILLERMO.- Diccionario de Derecho Usual, Ediciones Arayú, Tomo I y III, Buenos Aires, 1954.

9.- CASTAN TOBEÑAS JOSE.- Derecho Civil Español Común y Foral, Instituto Editorial Reus, Tomo IV, Madrid, 1944.

10.- DE DIEGO CLEMENTE.- Instituciones de Derecho Civil Español, Artes Gráficas Julio San Martín, Tomo III, Madrid, 1959.

11.- DE IBARROLA ANTONIO.- Cosas y Sucesiones, Editorial Porrúa, Quinta Edición, México, 1981.

12.- DE PINA RAFAEL.- Elementos de Derecho Civil Mexicano, Editorial Porrúa, Volumen II, Novena Edición, México, -- 1983.

13.- DE RUGGIERO ROBERTO.- Instituciones de Derecho Civil, Traducido por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro, Instituto Editorial Reus, Tomo II, Volumen Segundo, Ma--

drid, 1944.

14.- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA.- Bibliográfica Omeba, Tomo XIII, XVII y XXVI, Buenos Aires, 1969.

15.- ENNECCERUS LUDWIG, THEODOR KIPP Y MARTIN WOLFF, Tratado de Derecho Civil. Traducido por Blas Pérez González y José Alguer, Casa Editorial Bosch, Primer Tomo, Volumen II, Primera Edición, Barcelona, 1951.

16.- FERNANDEZ AGUIRRE ARTURO.- Derecho de los Bienes y de las Sucesiones, Editorial Cajica, Puebla, México, 1963.

17.- FORNIELES SALVADOR.- Tratado de las Sucesiones, Tipografía Editora Argentina, Tomo II, Cuarta Edición, Buenos Aires, 1958.

18.- GALINDO GARFIAS IGNACIO.- Derecho Civil, Primer Curso, Editorial Porrúa, Sexta Edición, México, 1983.

19.- GARCIA MAYNES EDUARDO.- Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, Trigésimo Novena Edición, México, 1988.

20.- GARCIA TELLEZ IGNACIO.- Motivos, Colaboración y

Concordancias del Nuevo Código Civil Mexicano, Editorial Porrúa, Segunda Edición, México, 1965.

21.- GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO.- Derecho de las Obligaciones, Editorial Cajica, Quinta Edición, Puebla, México, 1979.

22.- GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO.- El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derecho de la Personalidad, Editorial Cajica, Puebla, México, 1971.

23.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS.- Diccionario Jurídico Mexicano, Editorial Porrúa, Tomo II y IV, Segunda Edición, México, 1987.

24.- LAFAILLE HECTOR.- Curso de Derecho Civil (Sucesiones), Biblioteca Jurídica Argentina, Tomo Segundo, Buenos Aires, 1933.

25.- LEOWENWARTER VICTOR.- Derecho Civil Alemán Comparado con las características del Derecho Comercial, Editorial - Nacimiento, Segunda Edición, Santiago de Chile, 1943.

26.- MACEDO PABLO.- El Código Civil de 1870, Su importancia en el Derecho Mexicano, Editorial Porrúa, Primera Edición

ción, México, 1971.

27.- MANRESA Y NAVARRO JOSE MARIA.- Comentarios al Código Civil Español, Imprenta de la Revista de la Legislación, - Tomo V, Madrid, 1896.

28.- MARGADANT S. GUILLERMO FLORIS.- El Derecho Privado Romano, Editorial Esfinge, Duodécima Edición, México, 1983.

29.- MAZEAUD, HENRI, LEON Y JEAN.- Lecciones de Derecho Civil, Traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Parte Cuarta, Volumen II, Buenos Aires, 1965.

30.- MESSINEO FRANCESCO.- Manual de Derecho Civil y - Comercial, Traducido por Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Tomo VII, Buenos Aires, 1956.

31.- ORTIZ URQUIDI RAUL.- Derecho Civil, Parte General, Editorial Porrúa, Segunda Edición, México, 1982.

32.- PETIT EUGENE.- Tratado Elemental de Derecho Romano, Traducido por José Ferrández González, Editora Nacional, -- Primera Reimpresión, México, 1971.

33.- PLANIOL MARCELO Y RIPERT JORGE.- Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Traducción De Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Riverend Brusone, Editorial Cultural Habana, Tomo --- Quinto, Cuba, 1946.

34.- ROJINA VILLEGAS RAFAEL.- Derecho Civil Mexicano, Editorial Porrúa, Tomo IV, Sexta Edición, México, 1985.

35.- SANCHEZ CORDERO DAVILA JORGE A.- Introducción al Derecho Mexicano, Derecho Civil, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1981.

36.- SANCHEZ ROMAN FELIPE.- Estudios de Derecho Civil y el Código Civil e Historia General de la Legislación Española, Est. Tipográfico "Sucesores de Rivadeneyra", Tomo Sexto, Volumen 1, Segunda Edición, Madrid, 1910.

37.- TORRES TEODORA F.- El Testamento Ológrafo, Editorial Montecorvo, Madrid, 1977.

38.- URIBE LUIS F.- Sucesiones en el Derecho Mexicano, Editorial Jus, Primera Edición, México, 1962.

39.- VENTURA SILVA SABINO.- Derecho Romano, Editorial Porrúa, Sexta Edición, México, 1982.

L E G I S L A C I O N .

1.- CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA, Topografía de J.M. Aguilar Ortiz, México, - 1872.

2.- CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA, Imprenta de Francisco Díaz de León, México, 1884.

3.- CODIGO CIVIL DEL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES, Edición Oficial, Talleres Gráficos de la Nación, México, 1982.

4.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Editorial Porrúa, 60ª. Edición, México, 1992.

5.- CODIGO CIVIL DE LA REPUBLICA ARGENTINA, Estudio - preliminar del Doctor José María Mustapich, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1960.

6.- CODIGO CIVIL, Anotado por Carles J. Maluquer de - Motes Bernet, Casa Editorial Bosch, Segunda Edición, España, -- 1989.

7.- LEY DE HACIENDA DEL DEPARTAMENTO DEL DISTRITO FEDERAL, Editorial Porrúa, Decimasegunda Edición, México, 1992.