

**UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO**

**TESIS DE GRADUACIÓN PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE
LICENCIATURA EN DERECHO**

**EL TESTAMENTO A LA LUZ DE LA REALIDAD
JURIDICA COSTARRICENSE**

**YANINA JIMÉNEZ UGALDE
MARIA GABRIELA ZÚNIGA CHAVARRÍA**

**Febrero, 2008
Ciudad Universitaria Rodrigo Facio**

INDICE

INTRODUCCION	3
TITULO I: ASPECTOS GENERALES DEL TESTAMENTO	10
CAPITULO I: ANTECEDENTES HISTORICOS	10
1. ORIGEN DEL TESTAMENTO:.....	10
2. PRIMERAS FORMAS DE TESTAR:	17
3. EL TESTAMENTO EN LOS INICIOS DEL DERECHO COSTARRICENSE:.....	20
CAPITULO II GENERALIDADES DEL TESTAMENTO	29
1. CONCEPTO DE TESTAMENTO:.....	29
2. FORMALIDADES:	34
3. REQUISITOS DE VALIDEZ:	36
4. CARACTERÍSTICAS:	38
5. TIPOS DE TESTAMENTOS:.....	46
6. INTERPRETACIÓN DE LOS TESTAMENTOS:	55
7. CAUSAS DE INVALIDEZ E INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS:....	58
7.1 Nulidad del testamento:	59
7.2. Revocación del testamento:	66
7.2.1. Revocación Expresa:	67
7.2.2 Revocación Tácita:	70
7.2.3. Revocación legal o de pleno derecho:	72
7.3. Caducidad del testamento:.....	73
7.3.1. Caducidad parcial del testamento:.....	74
7.3.2. Caducidad total del testamento:.....	75
CAPITULO III SUJETOS DEL TESTAMENTO	77
1. DEL CAUSANTE	77
1.1 Capacidad para testar:	77
1.2 La libertad para testar:	80
2. LA INSTITUCION DEL HEREDERO:	83
2.1. Legados:.....	84
2.2. Capacidad para recibir testamentos:	86
2.3. Derecho de Representación:	90

2.4. Aceptación de la Herencia:.....	93
2.5. Renuncia de la Herencia:.....	95
2.6 Indignidad:.....	96
2.7 La Desheredación:.....	99
TITULO II: REALIDAD NACIONAL.....	105
CAPITULO I: ESTUDIO DE CAMPO:.....	105
CAPITULO II: VACIOS EN NUESTRA LEGISLACION.....	111
1. CASO DE LIMITACION A LA LIBERTAD DE TESTAR CON RESPECTO A GANANCIALES:.....	111
2. CASO DE LIMITACION A LA LIBERTAD DE TESTAR CON RESPECTO A LA OBLIGACION ALIMENTARIA:.....	116
3. CASO DE FALTA DE PRECISION EN LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS:.....	120
4. CASO DE PRESCRIPCION DEL TESTAMENTO:.....	130
CAPITULO III: INNOVACIONES CON RESPECTO AL TESTAMENTO:.....	136
1. FIDEICOMISO TESTAMENTARIO:.....	136
2. TESTAMENTO INTERNACIONAL:.....	151
3. LA FIRMA DIGITAL EN EL TESTAMENTO:.....	183
CONCLUSIONES.....	200
BIBLIOGRAFÍA:.....	212

INTRODUCCION

Desde el momento en que se reconoció que la propiedad privada era de Derecho Natural, ya no es posible discutir sobre el derecho que le asistía al propietario de transmitir sus bienes a sus parientes, fueran estos llamados por el causante en virtud de un testamento, o por la ley, al no hacerlo aquel en la forma indicada, creándose entonces la sucesión intestada.

El testamento en sí, no es otra cosa que una manera de ejercitar el Derecho de Propiedad para que sus disposiciones se cumplan después de la muerte del testador, especialmente en lo que respecta a la transmisión de su patrimonio que comprende tanto su activo, es decir, sus bienes y derechos transmisibles, como su pasivo, o sea, las deudas y obligaciones que contrajo en vida.

“La forma más antigua de testar fue la verbal, que al igual que las legislaciones modernas que aun lo reglamentan, no tenía otro requisito que el

de otorgarse ante testigos, cuya misión era aprobar las menciones y declaraciones hechas por el testador, además de ser un medio probatorio; de aquí el origen que nos atribuyen a la palabra testamento, al considerar que se deriva de las voces latinas testibus mentio, es decir, mención de los testigos. Otros han considerado que el origen del vocablo viene de las voces latinas testatio mentis, es decir, testimonio de la mente, o en otras palabras, declaración de la voluntad¹”

En la actualidad el testamento por sus grandes implicaciones económicas y sociales, su normativa y formalidades debe tender a una seguridad jurídica, a tono con el entorno social, el cual se encuentra sujeto a un continuo cambio; y muchas veces nuestra legislación queda desfasada al quedarse de lado algunos derechos hereditarios de las personas, que son de difícil localización en caso de muerte del titular.

¹ MAGAÑA, (Horacio Enrique), Breves Consideraciones Sobre los Requisitos Internos Para la Validez del Testamento Público en el Salvador. Págs 3-4.

Es importante resaltar que la doctrina actual define al testamento como “un acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos; es un negocio jurídico que necesita la declaración de voluntad del testador dirigida a producir determinados efectos”¹ y que “tiene el fin de asegurar la unidad patrimonial de la familia por medio de la designación de un nuevo jefe, evitando la disolución del grupo que sería consecuencia necesaria de la falta de tal designación.”²

Con nuestra investigación pretendemos hacer un análisis de la institución del testamento a la luz de nuestro ordenamiento jurídico vigente, y hacer recomendaciones que pudieren servir de base para evitar que se violenten los derechos, tanto del testador, como de los presuntos herederos.

Hay que destacar la importancia de la figura del testamento ya que el ser humano a lo largo de su vida adquiere bienes, muebles e inmuebles y derechos, que por la vía del testamento, como acto de última voluntad tiende a

¹ OSSORIO MORALES (Juan), Manual de Sucesión Testada, pag. 25.

² BIONDO BIONDI, Sucesión Testamentaria y DonaciónS, pag. 11.

traspasar la titularidad de los mismos a quien libremente defina el testador, o quienes por ley les corresponda parte del haber sucesorio.

No obstante que el testamento es una voluntad unilateral y para su formación es suficiente, en principio, la voluntad del testador y los derechos de los alimentarios o acreedores, es importante cuestionarse la formalidad que debe revestir el mismo, considerando los adelantos tecnológicos, tales como la firma digital.

Consideramos que sobre el tema podemos realizar un análisis de cómo el testamento es normado en nuestro Código Civil y la forma en que influye en esas normas la nueva legislación notarial; y así, lograr establecer una posible propuesta de reforma a nuestro Código Civil, lo cual será de gran beneficio ya que esta investigación proporcionará conocimientos nuevos, los cuales brindarían un panorama de la realidad jurídica costarricense en la que se encuentra el testamento.

Nuestra Legislación al encontrarse desfasada con respecto a las nuevas técnicas y/o procedimientos de testar que se presentan en la actualidad y al considerar esta figura jurídica sumamente importante pensamos necesaria la implantación de nuevas herramientas jurídicas, como sería el caso del fideicomiso testamentario, testamentos internacionales y la firma digital, para proporcionar tanto innovación, facilidad y accesibilidad así como seguridad jurídica y para esto se necesita de una adecuada regulación.

Para llevar a cabo la investigación se pretenden utilizar alternativas de recolección bibliográfica y estudio de casos judiciales y del archivo nacional para un acercamiento idóneo a la realidad existente con respecto al testamento. El objetivo principal será recopilar la doctrina ético-jurídica que se encuentre sobre el tema, que incluya la descripción del testamento, sus formas, elementos, u otros, ya sea esta nacional o internacional y comparar el tratamiento sobre este tema que se da en otras legislaciones; y de la misma forma se localizará la figura del testamento dentro del contexto histórico en que

se ha desarrollado. Para el análisis de legislación se utilizará el análisis jurídico como método especializado.

Dentro de los problemas que visualizamos están: ¿Es la legislación del testamento vigente acorde con la realidad jurídica costarricense y sus necesidades? ¿Necesita la legislación costarricense una reforma con respecto al testamento?

El objetivo general de este trabajo es proponer una reforma de nuestra legislación acerca del tratamiento del testamento adecuado a la realidad jurídica costarricense así como a los cambios o avances tecnológicos que en esa materia se han dado. Y dentro de los objetivos específicos tenemos:

- Determinar el alcance real que tienen los testamentos a fin de resaltar su importancia en nuestra sociedad.

- Realizar un estudio de casos judiciales y del archivo nacional en donde se presenta la figura del testamento, para verificar si en realidad es una figura utilizada en nuestro sistema jurídico.

- Determinar el beneficio real que brindan los testamentos a fin de replantear una necesidad de que el derecho costarricense visualice otros procedimientos e innovaciones en este campo.

- Comparar la normativa y el procedimiento vigente en materia de testamentos a nivel nacional, con la normativa y el tratamiento sobre este tema que se da en otras legislaciones, a fin de resaltar la obsolescencia de nuestra legislación en dicho tema.

TITULO I: ASPECTOS GENERALES DEL TESTAMENTO

CAPITULO I: ANTECEDENTES HISTORICOS

1. ORIGEN DEL TESTAMENTO:

Desde el momento en que se reconoció que la propiedad privada era de derecho natural, ya no fue posible discutir sobre el derecho que le asistía al propietario de transmitir sus bienes a sus parientes, fueran estos llamados por el causante, en virtud de un testamento, o por la ley, al no hacerlo aquel en la forma indicada, creándose entonces la sucesión intestada, que en realidad no es otra cosa que el llamamiento de herederos hechos por la ley, considerando precisamente que esa ha sido la voluntad del difunto, o sea que constituye una presunción de testamento de quienes se abstienen de testar.

La forma más antigua de testar fue la verbal, que no tenía otro requisito que el de otorgarse ante testigos, cuya misión era aprobar las menciones y declaraciones hechas por el testador; además de ser medio probatorio; de aquí el origen que nos atribuyen a la palabra testamento, al considerar que se deriva

de las voces latinas-*testibus mentio*- es decir mención de los testigos. Otros han considerado que el origen del vocablo viene de las voces latinas-*testatio mentis*- es decir testimonio de la mente, o en otras palabras declaración de la voluntad.¹

En el Derecho Romano, fuente general del derecho contemporáneo, es donde encontramos los principios fundamentales que reglamentan la institución del testamento en la actualidad; sin embargo prevalece hoy la opinión de que la sucesión legítima fue la única forma primitiva de suceder, y que sólo más tarde se reconoció la posibilidad de disponer *mortis causa* por testamento. “Existió así, una larga fase durante la cual a la muerte del *pater familias* los derechos y relaciones que le pertenecían como jefe y representante de la familia se continuaban necesariamente en los hijos y descendientes sometidos directamente a su potestad (*sui heredes*) o, en su defecto, en el *proximus*

¹ MAGAÑA (Horacio Enrique), Breves consideraciones sobre los requisitos internos para la validez del Testamento público en El Salvador, San Salvador, 1961, p. 4.

agnatus (colateral agnaticio más próximo), transmitiéndose en último término a los *gentiles*".¹

Puede decirse en general, que entre este periodo en que sólo se concibe la sucesión como un fenómeno de carácter familiar y necesario, y aquel otro en que se permite ya disponer de los bienes para después de la muerte fuera del círculo familiar por virtud de una declaración unilateral de voluntad destinada a producir sus efectos *post mortem* (testamento), "existe un paréntesis histórico en que, con carácter excepcional, se acude para conseguir esa finalidad a diversos actos intervivos que tienen por objeto investir al favorecido de una situación más o menos semejante a la de los miembros de la familia. A esta idea responde la *adoptio in heredem*, la fraternidad artificial, *las affatomias sálicas*, *el thinx longobardo*, etc., en que la vocación para suceder se produce mediante una transformación del *status familiae*, como consecuencia de la cual se incluye ficticiamente al favorecido en el círculo de las personas llamadas a suceder."²

¹ OSSORIO MORALES (Juan), Manuel de Sucesión Testada, Madrid, 1957, P 14

² *ibidem* P 15

Cuando empieza a admitirse la posibilidad de disponer de los bienes para después de la muerte a favor de personas no llamadas por la ley a la sucesión necesaria, esto no se realizaba originariamente mediante un acto fundado en la simple voluntad individual del disponente-como ocurre en el testamento de la época clásica- sino por efecto de un acto de carácter público realizado con la cooperación del pueblo. “La forma más antigua del testamento romano, el llamado testamento comicial (*calitis comitiis*) no es todavía más que una especie de adopción en que el *populus romanus* presta su asentimiento a una *lex specialis* que permite derogar para un caso concreto el orden general de las sucesiones establecido en la ley, de un modo semejante a como la adrogación, que suponía también una derogación de la ley general de la familia, estaba subordinada al voto de los comicios. Mediante este mecanismo, si bien el designado no se convierte inmediatamente en hijo del disponente-según opinión predominante entre los romanistas-asume la condición de heredero en concepto de *suus heres* para después de la muerte de aquel siempre que la disposición no fuese revocada y el designado cumpliera su

voluntad. La finalidad de este llamado testamento comicial debió de ser la de permitir a quien carecía de *sui heredes* impedir la desaparición de su casa y del culto familiar, excluyendo de la sucesión a agnados colaterales y gentiles que no continuaban aquella ni éste”¹. Además de que el testador debía considerar a quienes fuesen sus herederos o continuadores de su persona, con el objeto de que pudieran hacer efectivos los créditos que tuviesen a su favor, o cancelar las deudas que éste hubiese contraído en vida, esto último era lo más importante en el Derecho Romano, porque si alguien que tenía deudas moría sin haber dejado heredero, sus acreedores tenían derecho a posesionarse de todos sus bienes, con el objeto de venderlos en bloque y cancelarse aquellas con el producto obtenido por tales ventas, a esto lo llamaban la “*bonorum venditio*”, pero nadie deseaba que tal cosa sucediera ya que manchaba de infamia su memoria. Ahora bien, si habiendo heredero, esto no intervenía para la cancelación de las deudas de su causante, los bienes eran vendidos en nombre suyo y el honor del testador quedaba a salvo. A los acreedores también les convenía que el deudor dejara un heredero, porque así aquellos

¹ OSSORIO MORALES (Juan), Manuel de Sucesión Testada, Madrid, 1957, P 16

obtenían en la persona de éste a un nuevo deudor cuyo patrimonio se unía al de su causante, con lo cual se llegaba a constituir una mayor garantía, ya que el heredero, sabido es, que adquiriría del difunto su patrimonio íntegro, a excepción de aquella parte que se extinguía con su persona. Por último era objeto de un interés especial del difunto jefe de familia, dejar un heredero para que sus *sacra privata*, es decir, el culto privado a sus antepasados difuntos no se interrumpiera y como consecuencia, conseguir que la protección de sus dioses manes, quedara garantizada a perpetuidad.¹ Debido a estas circunstancias es que los romanos consideraban muy importante el dejar un testamento, porque así escogían a su sucesor, asegurando el mantenimiento de sus *sacra privata*, y demostrando con su previsión un deseo muy grande de conservar indefinidamente intacto su honor.

Con la mencionada necesaria intervención de los comicios se está demostrando que no existía todavía libertad de testar, ni siquiera verdadero testamento en el sentido moderno de negocio jurídico unilateral, cuya eficacia

¹ MAGANA (Horacio Enrique), Breves consideraciones sobre los requisitos internos para la validez del Testamento público en El Salvador, San Salvador, 1961, p. 4-5.

descansa sobre la libre voluntad del disponente. Más tarde, la intervención del pueblo se va reduciendo a una mera formalidad en que, al parecer, se limita a atestiguar con su presencia la celebración del acto y a prestarle autenticidad. Sólo entonces, y más todavía cuando la presencia de los comicios se sustituye por la de siete ciudadanos, ya meros testigos, es cuando puede hablarse de un verdadero testamento.

A partir de este momento trascendente en la historia la sucesión testamentaria era normal en Roma, siendo lo excepcional que un *pater familias* muriera sin testamento. Su otorgamiento tenía, para la conciencia social de la época, la máxima importancia y representaba el acto más importante de la vida privada del ciudadano romano.

En el primitivo derecho germánico la sucesión familiar fue la única conocida, en virtud de la idea de copropiedad familiar, tan acentuada entre los germanos, que dificultó y retrasó extraordinariamente la introducción del testamento; tanto así que “se destacó como característica de éste pueblo la

ausencia de testamento, por contraste con las prácticas romanas de su época, ya que en la Roma de entonces ningún ciudadano honorable moría sin testar. Y aunque el testamento acabó por aceptarse, favorecida su admisión por la disgregación del grupo familiar, por la penetración del Derecho romano y por la influencia de la Iglesia- atenta a favorecer las disposiciones de carácter piadoso- aquella tradición forma familiar de suceder no cesó de tener a través de toda la Edad Media, e incluso en nuestros días cierta superioridad sobre él. Como lo demuestra el hecho de que, aun admitido el testamento, no se reconoció a la voluntad del causante la facultad de crear herederos, ya que herederos sólo podían serlo los parientes.”¹

2. PRIMERAS FORMAS DE TESTAR:

La nominación de un heredero debía hacerse en un acto llamado testamento, cuya forma varió según las épocas por las que atravesó Roma.

“Así se encuentra que originalmente el Derecho Civil antiguo permitió testar:

¹ OSSORIO MORALES (Juan), Manuel de Sucesión Testada, Madrid, 1957, P 17

“calatis comitiis”, o sea en tiempo de paz y se hacía delante de los comicios, por curias convocadas al efecto, o *“in procinctu”*, o sea en tiempo de guerra, ante el ejército y bajo las armas; luego se permitió el testamento *“per aes et libram”* que consistía en que el pater familias que no había podido testar en las formas anteriores y consideraba que ya no le sería posible hacerlo por estar próximo a su fin, mancipaba su patrimonio a un amigo, encargándole oralmente la ejecución de las liberalidades a favor de otras personas, esta forma sufrió algunas modificaciones. Posteriormente se admitió el testamento *“nuncupativo”* en virtud del cual el testador declaraba en alto voz el nombre de su heredero y sus demás disposiciones, ante siete testigos.

El derecho Pretoriano permitió después testar en la forma llamada *“bonorum possessio secundum tabulas”* que consistía en escribir sus declaraciones sobre tablillas que debían llevar el sello de siete testigos, y si usaban el mismo sello debían poner su nombre al pie de cada uno.

Finalmente el Derecho del Bajo Imperio simplificó las formas anteriores de testar, reglamentando la llamada “tripertitum”, porque reunía reglas del Derecho Civil, del Derecho Pretoriano y de las Constituciones Imperiales; consistía en que el testador presentaba su testamento escrito anteriormente, ante siete testigos, debiendo cada uno de ellos, lo mismo que el testador poner su “*subscriptio*”, es decir, su nombre y el hecho que realizaba, al pie del testamento; si el testador quería guardar en secreto sus disposiciones, solo permitía que los testigos pusieran su sello. De todas maneras todo esto debía verificarse en un solo acto, esta característica y la de hacerse ante testigos la tomaba del Derecho Civil, el número de ellos y los sellos del Derecho Pretoriano; y la *subscriptio* de las Constituciones.

En la época del Imperio, Julio César concedió a sus soldados en premio de sus victorias, entre otros privilegios, el de otorgar “testamento militar”, consistente en que el soldado le confiaba su última voluntad a un compañero de armas y era escrito en su escudo con su sangre o en la arena con la punta de su espada. La duración del privilegio para otorgar estos testamentos era

limitado al tiempo de su servicio, primero, y después únicamente al tiempo en que estaban en campaña, y su vigencia era nada más que de un año contado desde que concluía aquella.”¹

Para que el testamento llenara a cabalidad su cometido, era necesario considerar la concurrencia de tres requisitos esenciales: la capacidad del testador, la institución de heredero y la desheredación.

3. EL TESTAMENTO EN LOS INICIOS DEL DERECHO COSTARRICENSE:

Después de la gran cantidad de normas que fueron introducidas por la influencia española en nuestro Ordenamiento Jurídico, durante el gobierno de Don Braulio Carrillo surge la necesidad de dotar a la naciente República Costarricense de un conjunto normativo más apegado a la realidad social de la época. Debido a lo anterior, el 30 de julio de 1841 es emitido el Código General

¹ MAGANA (Horacio Enrique), Breves consideraciones sobre los requisitos internos para la validez del Testamento público en El Salvador, San Salvador, 1961, p. 4-5.

de la República de Costa Rica. “El Código General en su primera parte, que se refiere a materia civil nos introduce en los testamentos y sucesiones. Los artículos 455 y 457 mantienen la definición y división de los testamentos, como un acto de última voluntad, en que se dispone de todos los bienes, acciones y derechos, con efectos para después de la muerte.

Con respecto a los testamentos cerrados debían cumplirse ciertos requisitos como por ejemplo que debían constar ocho firmas, y el signo del escribano. Un testigo a lo menos debe saber escribir. Si no hubiere escribano, se autorizaba este testamento por el Juez con dos testigos más; y entonces serán once las firmas con la del Juez.

Se llegó a crear la figura del testamento privilegiado, centrado principalmente en proteger los derechos de los militares en la guerra, o los civiles en caso de muerte violenta, esto por cuanto se trata de una situación especial que debía ser tomada en cuenta, pero para la validez de este, se requiere que al menos dos testigos lo hayan visto escribir. En los artículos 476

al 478 se habla de los testigos del testamento, los que debían ser mayores de veinticinco años, excluyendo al loco, el fatuo declarado, los ascendientes y descendientes del testador dentro del cuarto grado.

La ley permite testar, en virtud de poder otorgado con las mismas solemnidades que se requieren para el testamento abierto. Los comisarios estaban obligados a ceñirse en todo el poder. El comisario no podrá revocar el testamento que hiciere en uso del poder.”¹

En 1881 entra a regir la nueva Ley de Sucesiones, la cual deroga todas las disposiciones de derecho sucesorio del Código de Carrillo, eliminando la legítima hereditaria e instituyendo el principio de la libre testamentifacio, o sea la libertad absoluta de testar. Esta situación perduró incluso con la entrada del Código Civil de 1888, todavía vigente, que derogó la ley de sucesiones, pero mantuvo el principio de la libre testamentifacio como principio informador esencial en materia de sucesiones.

¹ SAENZ CARBONELL (Jorge) Historia del Derecho Costarricense. San José, 1ª edición, 1997, P. 186

“El Gran Consejo Nacional de la República, a iniciativa del Supremo Poder Ejecutivo, llegó a aprobar el 14 de noviembre de 1881 la Ley de Sucesiones. Esto por la discrepancia en las limitaciones a que estaba sujeta la facultad de testar pues consideraron nuestros jurisconsultos que con las obligaciones que imponían las leyes a los padres de familia para que otorgaran manutención a sus dependientes hasta que pudieran valerse por sí mismos era suficiente carga para este. Además fundamentaban tal decisión en el hecho de que la herencia forzosa constituía una falta de estímulo para que los hijos del causante trabajaran en pro de labrar su propio bienestar y el de la República en general. Aparte de ello, el padre de familia era considerado como el mejor de los jueces para valorar el merecimiento que tenían o no sus hijos de recibir sus bienes en herencia, también se criticó negativamente el hecho de que los bienes del causante tuvieran que pasar a manos de sus ascendientes o colaterales en caso de no tener descendientes pues esto estaría impidiendo que éste tuviera derecho a disponer su fortuna.”¹

¹ ARROYO ALVAREZ (Wilberth) La Ley de Sucesiones de 1881, San José, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2001, p. 7

Otro punto que fue objeto de la crítica fue aquel que solo permitía al cónyuge supérstite de sexo femenino, en caso de no poseer bienes y de ubicarse en el mencionado cuarto orden excluyente, tener derecho a heredar únicamente una cuarta parte de los bienes del difunto, lo cual iba en contra de la dignidad de las viudas y de la lógica, pues era de suponerse que éstas significaran más para el causante.

El capítulo 1 de la mencionada Ley de Sucesiones da la definición de testamento como “el acto de última voluntad en que un propietario dispone de todo o en parte de sus bienes para después de la muerte.”¹

“Entre las formalidades que en esa época tenía el testamento abierto eran que se requería que se hiciera por escrito ante un cartulario y cuatro testigos. También podía ser escrito por el testador, y autorizado por el cartulario con dos testigos, o cuatro testigos sin cartulario, o seis testigos si el testador no lo escribiere, y no interviniera cartulario.

¹ Ibidem, p. 9

El testamento cerrado se escribía y firmaba por el testador, entregándolo después al cartulario, quien extendía en su cubierta el otorgamiento y lo firmaba con el testador y cinco testigos.

Pero había un régimen especial para los militares que estaban en campaña, prisioneros en poder del enemigo, los navegantes, y los que se hallaren en un lugar incomunicados por motivo de epidemia; ya que ellos podían otorgar testamento cerrado o abierto ante un oficial de la clase de Capitán o el juez y en presencia de dos testigos. Esos testamentos son válidos si el testador muere durante la situación a que los artículos se refieren, o en los treinta posteriores.

También se hace referencia al caso de los ciegos y de los analfabetas a los cuales se les prohibía testar en forma cerrada y a los que sí pudiesen pero

por alguna casualidad se encontraran con impedimento físico para firmar, deberán sustituir su firma con la de dos testigos.”¹

En esta ley se observan limitaciones a la libertad de testar, aunque en principio predomina la libre testamentifacción. Dentro de las limitaciones que establecía dicha ley estaban: “no se podían instituir como herederos los religiosos y monjas, profesos, ni tampoco los confesores habituales, o de última enfermedad del testador, ni los parientes de aquellos dentro del cuarto grado. Así mismo no podía ser instituida heredera una colectividad o una entidad abstracta, aunque se destine la herencia a un fin científico, artístico, industrial, benéfico o de instrucción pública; esta reserva no impide las mandas religiosas, con tal que su monto no exceda de la décima parte de los bienes del testador.

Los testadores que tuvieran hijos legítimos, estaban obligados a dejarles cantidad bastante para su subsistencia hasta la mayoría, y para adquisición de la enseñanza primaria elemental; a los varones debían dejarles además lo

¹ Ibidem, p. 11

necesario para el aprendizaje de un arte u oficio; y dotar con cantidad equivalente a cada una de las hijas, a menos que en la educación de ellas se haya invertido igual o mayor suma: deben asegurar asimismo la subsistencia de las hijas o hijos inválidos que tuvieren (Art. 25).”¹

Dichas obligaciones también existen con respecto a los hijos ilegítimos, pero sólo de parte de la madre (Art. 26).

El tercer capítulo entra a definir quienes son los que no pueden testar especificando como tales a los menores de dieciocho años, al loco, al idiota y a los sordomudos analfabetas.

En el capítulo cuarto se hace referencia a los testigos, señalando la necesidad de contar con la mayoría de edad y ser vecino durante dos años del lugar en que se otorgase el testamento para ser considerado como tal en el momento de la redacción del testamento.

¹ ARROYO ALVAREZ (Wilberth), Ley de Sucesiones, Antología de Derecho Sucesorio 2001, San José, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2001, p. 245.

Los testadores que tuvieron padres legítimos o madre ilegítima y que no tuvieron hijos, y teniéndolos no los instituyen herederos

CAPITULO II GENERALIDADES DEL TESTAMENTO

1. CONCEPTO DE TESTAMENTO:

Lo podríamos definir como un acto de última voluntad que define a quien o quienes se atribuye la titularidad de los bienes. Es una voluntad unilateral y para su formación es suficiente la voluntad del testador. Además, es un acto escrito, personalísimo que sólo lo puede hacer el testador; es intransferible.

El testamento lo podemos concebir como un acto jurídico de eficacia diferida, esto quiere decir que los efectos no se dan antes de que se dé la muerte. Y es un acto revocable, mientras viva.

En otras palabras se define como la voluntad del difunto, y un aspecto importante con esto es que en Costa Rica existe la libertad de testar, la cual se contempla como un principio constitucional, libre testamentario. Y cuando no hay testamento la ley suple esto. Esta libertad para testar esta permitida

mientras no dañe el orden público y sea conforme a la ley. La cual se encuentra contemplada en nuestro Código Civil en el artículo 595. Esta testamentación se define como la potestad de que las personas en vida decidan a quién o quienes corresponden los bienes cuando ellas falten. En el concepto del testamento está implícita la idea de manifestación de voluntad.

Se dice que mediante el testamento una persona dispone para después de su muerte y se señalan dos elementos característicos y esenciales de este negocio jurídico: el de revestir naturaleza de imperativa, ya que el testador no se limita a rogar o aconsejar, sino que ordena o manda lo que quiere que se haga, y el de estar destinado a producir sus efectos después de la muerte del testador, por lo cual pertenece a la categoría de los negocios jurídicos mortis causa. Juan Ossorio Morales, lo define que es el único negocio jurídico de disposición mortis causa admitido en el ordenamiento español; lo cual ocurre también en el nuestro.

Etimológicamente, la palabra testamento dada por los romanos significa: “testimonio de la mente”, la cual se realiza públicamente delante de testigos,

razón por la cual, para algunos el aspecto testimonial resulta el aspecto medular de esta (palabra) instituto y los testigos constituían el único medio probatorio.¹

El diccionario de la Real Academia define al testamento en dos sentidos, uno como acto de última voluntad y el otro como el documento mediante el cual se manifiesta, lo conceptualiza así:

- Como una declaración que de su última voluntad que hace una persona disponiendo de sus bienes y de sus asuntos que le atañen para después de su muerte, y
- Documento donde consta en forma legal, la voluntad del testador.²

El testamento según el Código Español es el acto por el cual una persona dispone para después de la muerte de todos sus bienes o de parte de ellos.

Pero a esta definición se le debe ampliar diciendo que es un negocio jurídico,

¹ ARAYA VIQUEZ (Irma María) y BOLANOS SALAZAR(Claudia Elena), La ineficacia del Testamento en el Derecho Sucesorio Costarricense, Tesis para optar por el título de licenciado(a) en derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 2002.

² SOSA ORELLANA, (Jorge Alberto), op.cit. p .22.

en el sentido de exigir como elemento constitutivo, una declaración de voluntad del testador dirigida a producir determinados efectos que el ordenamiento jurídico sanciona y respeta en cuanto queridos por aquél.

Todos los bienes pueden ser objeto de la disposición testamentaria, con lo cual se atribuye el carácter patrimonial, además el testamento contiene características importantes como lo son el ser unilateral, solemne, personalísimo y revocable.

Recapitulando se podría decir que el testamento es un acto por el cual una persona dispone para después de la muerte de todos sus bienes o de parte de ellos. Y que el objeto fundamental del testamento es disponer de los bienes.

O bien definido por anteriores códigos de nuestro país como un acto revocable por el que alguno, según las reglas establecidas por la ley, dispone para el tiempo en que habrá dejado de vivir, de todos sus bienes o de parte de ellos, a favor de una o más personas.

Se señalan tres elementos del testamento: la revocabilidad, la disposición para el tiempo de la muerte y la referencia a bienes propios.

Nuestra Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia lo ha definido como un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable, solemne y mortis causa, dirigido a la disposición de bienes y, excepcionalmente al arreglo de otras cuestiones no patrimoniales que interesan a la persona con motivo de su eventual fallecimiento. Los requisitos para ejercitar la correspondiente facultad, están contemplados en el ordenamiento como esenciales y las formalidades para hacerlo tienen el carácter de adsolemnitatem de manera que las violaciones que puedan cometerse, en uno u otro caso, vician el acto de manera absoluta.¹

Nuestro Código Civil, por su parte no expresa una definición del testamento, a raíz de esto se debe llegar a intuir como aquel acto jurídico

¹ Sala Segunda N 228 de 9H.30 de 21 de junio de 1985. Proceso Civil de B.F sucesión de R.C.F.G.

otorgado por una persona capaz, que contiene características que serán tratadas en nuestra próxima sección.

Por tal razón podríamos afirmar que es un negocio jurídico, un documento formal que tiene ciertos requisitos, esto para brindar seguridad jurídica, debe de contener y reunir ciertas formalidades.

2. FORMALIDADES:

Algunas formalidades como la fecha de otorgamiento, la firma del otorgante, la concurrencia del número reglamentario de testigos, el sello en el testamento cerrado, son establecidas en el artículo 585 del Código Civil que dice literalmente lo siguiente:

“El testamento abierto necesita las siguientes formalidades:

- 1.- Debe ser fechado, con indicación del lugar, día y hora, mes y año en que se otorgue.

2.- Debe ser leído ante los testigos por el mismo testador o por la persona que éste indique o por el cartulario. El que fuere sordo y supiere leer, deberá leer su testamento; si no supiere deberá designar la persona que haya de leerlo en su lugar.

3.- Debe ser firmado por el testador, el cartulario y los testigos.

Lo anterior en cuanto al testamento abierto, en cuanto al testamento cerrado el artículo 587 del Código Civil establece lo siguiente:

“El testamento cerrado puede no ser escrito por el testador, pero debe estar firmado por él. Lo presentará en un sobre cerrado al notario público, quien extenderá una escritura en la cual hará constar que el testamento le fue presentado por el mismo testador, sus declaraciones sobre el número de hojas que contiene, si está escrito y firmado por él, y si tiene algún borrón, enmienda, entrerrenglonadura o nota. En el sobre, el notario consignará una razón indicadora de qué contiene el testamento, de quien lo presenta, el lugar, la hora y la fecha de otorgamiento de la escritura, así como el número, el tomo y la página del protocolo donde consta. El notario tomará las providencias

necesarias para asegurar que el sobre esté cerrado de tal modo que se garantice su inviolabilidad. Tanto la escritura como la razón deben ser firmadas por el testador, el notario y dos testigos instrumentales. Concluida la diligencia, se devolverá el testamento al testador. Quienes no sepan leer ni escribir no pueden hacer testamento cerrado”

Si el testador no supiere o no pudiere firmar, lo declarará así el mismo testamento. Por lo menos dos testigos en caso de testamento ante cartulario, y tres en el de testamento ante testigos solamente, deben firmar el testamento abierto; el testamento hará mención de los testigos que no firman y del motivo.

Todas las formalidades del testamento serán practicadas en acto continuo.

3. REQUISITOS DE VALIDEZ:

- Capacidad de Testar, consiste en la aptitud o destreza para otorgar válidamente un testamento, lo cual se expondrá con detalle en el próximo capítulo.

- Voluntad sin que exista ningún tipo de vicio, el testamento como todo acto jurídico, requiere de una voluntad exenta de vicios, debe expresar su voluntad en forma libre, un testamento en el cual se utilizó la fuerza, es nulo. La voluntad produce efectos jurídicos cuando es manifestado por un sujeto capaz de actuar. La voluntad debe manifestarse.
- Es necesario que los bienes existan al momento de otorgarse el acto, o al momento de ejecutarse el testamento. Debe también ser posible tanto física como jurídicamente, pues si no estaríamos en presencia de un objeto imposible.¹
- Un aspecto relevante es que el testamento, al igual que todo negocio jurídico posee una causa, la cual como ya lo hemos señalado consiste en la atribución de bienes, posterior a la muerte del testador.
- Con respecto al modus en el testamento, es una forma para beneficiar por causa de muerte a una persona, aún cuando no ha sido llamado a la sucesión en calidad de heredero o legatario.², y se dice que en caso de

¹ Ver Código Civil, artículo 627 y 631.

² MESSINEO (Francesco), Manual de Derecho Civil y Comercial, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América., Tomo VII, p 138.

la resolución de la disposición testamentaria por incumplimiento del modus, es el único caso de resolución del negocio mortis causa ...¹

- Un aspecto de gran importancia es que la voluntad del causante manifestada, es título preferente para determinar la vocación hereditaria, sólo a falta de testamento o cuando el llamamiento en éste no pueda tener lugar, opera la designación hecha por ley, teniendo pues, la sucesión legítima carácter supletorio respecto a la testada.²

4. CARACTERÍSTICAS:

Se dice que es **unilateral** ya que interviene la sola voluntad del testador, la cual es de por sí suficiente.

¹ MESSINEO, op. cit Tomo VII, p 139.

² ARAYA VIQUEZ (Irma María) y BOLANOS SALAZAR(Claudia Elena), La ineficacia del Testamento en el Derecho Sucesorio Costarricense, Tesis para optar por el título de licenciado(a) en derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 2002.

Además se dice que el testamento es un **negocio jurídico** solemne porque la voluntad testamentaria sólo es eficaz en cuanto se ajusta la manifestación a los requisitos o bien formalidades, que requiera el determinado ordenamiento jurídico. Lo cual puede influir en su nulidad, en el caso de que no se tomen en cuenta las respectivas formalidades establecidas.

En cuanto a este punto la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en sentencia numero 13-98 indicó: “El testamento se manifiesta como negocio jurídico, pertinente al derecho patrimonial, es un acto de disposición por causa de muerte, un medio de atribución patrimonial que opera mediante la institución del heredero o la atribución del legado (MESSINEO, Francesco. "MANUAL DE DERECHO CIVIL Y COMERCIAL". TOMO VII. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1971, página 73). Como negocio jurídico, el testamento consta de los elementos comunes a todos los negocios, o sea, la declaración de voluntad testamentaria, considerada en sí y en su específico contenido (voluntad), la causa, los motivos, la forma y la capacidad de testar. Esta formalidad implica solemnidad, esto es, que debe ser redactado por escrito

(forma constitutiva). Este rigor formal está justificado en la importancia social del acto, para garantizar su genuinidad, su espontaneidad, su seriedad y su ponderación. Esta solemnidad resulta de su carácter unilateral, a diferencia del principio consensual aplicable a la materia contractual, donde lo importante es el acuerdo de voluntades (ALLARA, Alberto. "EL TESTAMENTO". Ediciones Europa-América. Buenos Aires, Argentina, 1936. Página 23.). En el testamento, es la sola voluntad del testador la que entra en juego y, precisamente por esto, es indispensable que este tipo de manifestaciones estén debidamente reguladas. De esta manera, acudiendo a una formalidad preestablecida, la voluntad del testador deja de ser una simple realidad psicológica, al interno de la mente, para convertirse en una manifestación capaz de generar consecuencias externas, con efectos jurídicos. (DE GASPERI. LUIS. "TRATADO DE DERECHO HEREDITARIO". Parte Especial. Buenos Aires, Argentina. Editorial Tipográfica Argentina, 1966. Página 105)."¹

¹ SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto número 13-98. San José, a las nueve horas treinta minutos del veintiuno de enero de mil novecientos noventa y ocho.

Al decirse que el testamento es un negocio jurídico se debe entender que es **personalísimo** y se establece con ello un doble sentido: en el que la facultad de otorgarlo es indelegable, es un acto estrictamente personal, la voluntad debe ser manifestada personalmente por el testador y en el de no poderse otorgar conjuntamente por dos o más personas en un solo acto. Exceptuando que se realice por medio de un testamento mancomunado que se encuentra regulado en el artículo 625 de nuestro Código Civil que dispone: “Cuando dos o más personas testen en un mismo acto, cada una puede revocar independientemente sus disposiciones.”

El testamento no puede otorgarse por medio de representante, ni voluntario ni legal. En el artículo 577 del Código Civil, encontramos especificada claramente esta característica. Y dicta así **ARTÍCULO 577**: “No puede hacerse testamento por procurador. Tampoco puede depender del arbitrio de otro, sea en cuanto a la institución o a la designación del objeto de la herencia o legado, sea en cuanto al cumplimiento o no cumplimiento de las disposiciones.”

El testamento es un negocio jurídico esencialmente **revocable**, de modo que la misma voluntad que le dio vida puede en cualquier momento modificarlo o dejarlo sin efecto. Y en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 621 del Código Civil enuncia claramente que el testador puede revocar literalmente su testamento en todo o en parte por otro testamento posterior. El cual expresamente dice así: “El testador puede revocar libremente su testamento, en todo o en parte, por otro testamento posterior. Este derecho no puede renunciarse.”

También encontramos como parte de sus características que es un negocio **mortis causa**, lo cual quiere decir que adquiere consistencia jurídica sólo a la muerte del testador, en vida no produce ningún efecto ni valor jurídico. “La muerte no es, pues, un elemento que perfeccione el testamento como negocio, sino un elemento que determina la producción de sus efectos jurídicos, sin excluir ninguno, pero sin efectividad retroactiva sobre el momento en que se hizo el testamento.¹

¹ CICU (Antonio), El testamento, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p.23.

El testamento se dice que debe ser **escrito**, y esta es una característica que básicamente, lo que constituye es una cuestión de seguridad jurídica, y debemos recordar que la forma escrita es constitutiva, en el sentido de que la misma es elevada por la ley a elemento esencial del negocio, lo cual implica que solo puede hacerse testamento mediante la escritura, por lo tanto, es inaceptable el llamado testamento verbal o nuncupativo. Esto básicamente tratando de que el testador tenga tiempo suficiente para pensar y disponer del destino de sus bienes y a su vez para que exista prueba suficiente de la manifestación de la voluntad.

El aspecto **formal** del testamento como lo indicamos anteriormente, pertenece a los actos formales de solemnidad absoluta o sustancial, por lo que la ley exige determinados requisitos para considerar a un testamento válido, ya que su inobservancia, implica que sea considerado un documento sin ningún valor. ¹ Y en el artículo 585 de nuestro Código Civil, dispone todas las

¹ ARAYA VIQUEZ(Irma María) y BOLANOS SALAZAR(Claudia Elena), La ineficacia del Testamento en el Derecho Sucesorio Costarricense, Tesis para optar por el título de licenciado(a) en derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 2002

formalidades, que deben realizarse a través de un acto continuo, porque sino se estaría frente a una nulidad.

Eduardo Prayones, al referirse a los testamentos verbales, expresa que nuestra ley los rechaza en absoluto, por la fragilidad que implica esa manera de expresar la voluntad y por los inconvenientes y dificultades prácticas que se suscitan por el hecho de confiar al recuerdo de testigos, un acto tan grave e importante como el disponer de los bienes para después de la muerte en que no se podrá verificar, si los testigos son o no verídicos, en cuanto a las manifestaciones del testador.¹

Otra de sus características es el ser un **acto solemne**, ya que siempre ha sido un acto formal. No puede haber más testamento válido que el que se otorgue en aquella forma que se halle determinada por la ley, para los

¹ RODRIGUEZ CASCANTE. (Roxana María), La interpretación del Testamento, Tesis para optar por el título de licenciado(a) en derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1986.

respectivos casos. No cabe que el testador cree por sí figura alguna del testamento.¹

La Sala Segunda se ha pronunciado al respecto en la sentencia número 228-95: “El testamento es un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable, solemne y mortis causa, dirigido a la disposición de bienes y, excepcionalmente, al arreglo de otras cuestiones no patrimoniales que interesan a la persona, con motivo de su eventual fallecimiento. Los requisitos para ejercitar la correspondiente facultad, están contemplados en el ordenamiento como esenciales y las formalidades para hacerlo tienen el carácter de ad-solemnitatem, de manera que las violaciones que puedan cometerse, en uno u otro caso, vician el acto de manera absoluta.”²

¹ TRAVIESA (Miguel), El testamento, Revista de Derecho Privado, España, Número 259, año XXII, abril, 1935, p.98.

² SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , Voto número 228-95. San José, nueve horas treinta minutos del veintiuno de julio de mil novecientos noventa y cinco.

5. TIPOS DE TESTAMENTOS:

Existen varios tipos de testamentos entre ellos se encuentran los comunes y los privilegiados. Entre los comunes encontramos: el ológrafo, abierto y cerrado. Y los privilegiados se dividen en: militar, marítimo y el hecho en país extranjero.

Con respecto a los comunes encontramos:

- ◆ Testamento ológrafo: es el escrito por completo, fechado y firmado por la mano del testador, sin intervención alguna de ninguna persona, se dice que es un testamento secreto, donde ni su contenido, disposición ni hecho ha de ser conocido por nadie.

- ◆ El testamento abierto y cerrado son públicos en el sentido de que su otorgamiento intervienen personas distintas al testador que se conocen como testigos, los cuales se encuentran autorizados para presenciar el acto.

Con respecto a las formalidades de las tres clases de testamentos comunes encontramos que el testamento abierto es el único que cuenta con formalidades, en su forma notarial se halla revestido de los requisitos de autenticidad suficientes para estar dotado de eficacia por sí mismo, sin necesidad de ninguna formalidad posterior, los otros dos el ológrafo y el cerrado, donde no interviene notario han de someterse después de la muerte del testador a un proceso de autenticación.

Testamento abierto público, se caracteriza porque el testador da a conocer su declaración de última voluntad, es indispensable que el testador de a conocer su última voluntad a determinadas personas, cuya intervención y asistencia es obligada.

Existen en nuestra legislación varias formas de testamento abierto:

- Testamento abierto ante notario, o conocido como testamento auténtico. En este caso, el que desea testar concurre ante Notario Público, lo que evita que se den las nulidades mas frecuentes ya

que se cuenta con la experiencia de un Licenciado en Derecho, a diferencia con otras formas de testamento, donde existe esta falta de conocimiento del derecho. En el aspecto de no tener este tipo de asesoría.

- También existe el testamento abierto ante notario y tres testigos, se dan en el caso que aparte del notario se requiere de tres testigos. En este caso el que escribe en el protocolo es el notario o una persona diversa del testador. Esto se encuentra regulado en nuestro Código Civil en el artículo 583, inciso 1. El artículo completo dicta: “Puede otorgarse testamento abierto:

1.- Ante un cartulario y tres testigos; pero si el mismo testador escribe el testamento, bastan dos testigos y el cartulario.

2.- Ante cuatro testigos sin cartulario; si el testador lo escribe; o ante seis testigos, si el testador no lo escribe.”

- Y por último se encuentra el testamento abierto ante notario y dos testigos, que se da en el caso que el testador ha escrito él mismo el testamento en el Protocolo, la presencia de testigos se reduce a dos. La letra del causante es un medio más que permite constatar su libre voluntad. Lo cual se encuentra regulado en el artículo 583, inciso 1 del Código Civil ya antes analizado.

- También existe la modalidad de otorgar testamento sin contar con la presencia del notario pero en estos casos se debe contar con la presencia de seis testigos, lo cual se encuentra regulado en nuestro Código Civil en el artículo 583, inciso 2. Una de las ventajas de este tipo de testamento es que se evita el pago de honorarios. Pero sus desventajas son enormes: falta de las formalidades exigidas por la ley, violación de las disposiciones del ordenamiento, imposibilidad de reposición en caso de pérdida, la posibilidad de conocimiento del mismo es poca. A diferencia con los otorgados ante notario donde sólo basta con que se indague

en el Archivo Nacional, la cual como se explicará en nuestro último capítulo, es el encargado de custodiar los protocolos de los notarios.

- ◆ Existe la modalidad de testamento abierto ante cuatro testigos, que se da en el caso de que el testador, él mismo escribe de su puño y letra y lo firma, en estos casos se exige la presencia de sólo cuatro testigos, su ventaja a diferencia al anterior es que fue escrito directamente por el testador, lo cual da mayor seguridad a la hora de su comprobación.

- ◆ Testamento cerrado se caracteriza porque no es menester que el notario y testigos conozcan las disposiciones del testador, llamado también místico y en algunas legislaciones secreto, el precepto legal es que este testamento se otorga sin revelar el testador su última voluntad, su contenido no puede ser conocido por nadie más que el testador y por quien lo redacte, si no fuese el mismo testador quien lo redacte. Dicha

figura se encuentra regulada en nuestra legislación en el artículo 587 de nuestro Código Civil el cual se mencionó supra.

Un aspecto diferenciador es que como bien lo señala el artículo 587 del Código Civil, no exige que el testamento sea manuscrito, pudiendo ser dactilografiado, eso si, debe estar firmado por el otorgante.

Dentro del testamento cerrado podemos encontrar el testamento ológrafo el cual se caracteriza por ser un testamento escrito totalmente por el testador, de su puño y letra, donde la fecha y la firma también deben ser otorgadas por el mismo testador. Entre sus inconvenientes más comunes encontramos: peligro de su destrucción, influencia de terceros y que se ignore la existencia de dicho testamento.

Entre los requisitos que se presentan para los testamentos cerrados se encuentra que una vez firmado, cerrado y sellado, el testador debe de presentarse ante un notario público el cual se encargará de poner en la

cubierta del mismo, en la parte exterior del sobre que contiene el testamento, una escritura pública donde se diga que el testamento encerrado en la cubierta le fue presentado al notario por el mismo testador, lo cual trata de evitar cualquier posible fraude. El testador debe manifestar el número de hojas que contiene el testamento. Dicha escritura debe ser firmada por el notario, testador y tres testigos presenciales del acto.

Resumiendo existen tres momentos: uno la redacción y firma del testamento, otro la comparencia del testador ante notario para que otorgue la carátula, y finalmente su apertura, luego de la muerte del causante.

◆ El testamento mancomunado no se debe ver como una forma de testamento, sino la circunstancia de que dos o más personas en un mismo acto otorguen testamento. Generalmente se da cuando los testadores son cónyuges entre sí. Pero básicamente se trata de dos testamentos contenidos en un mismo acto.

Y con respecto a los testamentos especiales o privilegiados, son aquellos en que se pueden omitir algunas de las formalidades requeridas; es un testamento de urgencia y caduca en el momento que el testador sobrevive por mas tiempo que el determinado para este tipo de actos.

- ✦ El testamento militar es el que puede otorgarse en tiempo de guerra, puede otorgarse a los militares, empleados, voluntarios, rehenes y prisioneros; regulado en el Código Civil en el artículo 586 inciso 1.

El testador a viva voz, dará a conocer sus disposiciones, de manera que los testigos las escuchen.

Este tipo de testamento es excepcional y solamente se realiza en circunstancias donde la vida del testador se encuentre amenazada por algún peligro inminente o que parezca no haber modo o tiempo de otorgar testamento.

Podrán otorgar este tipo de testamento si lo hace ante el jefe u oficial y dos testigos, y se justifica en el hecho que se cree que el testador va a morir. No requiere más solemnidades que la presencia del jefe u oficial y dos testigos. Sin embargo presenta una laguna sobre si dicho testamento debe otorgarse de manera escrita u oral.

Pero en general se considera que en nuestro país carece de utilidad por el hecho de haberse abolido el ejército en nuestro país.

◆ El testamento marítimo es el que se puede otorgar en alta mar, a bordo de una nave o buque. Se encuentra regulado en el inciso 2 del artículo 586 del Código Civil, donde se señala que los navegantes pueden otorgar este tipo de testamento ante el capitán o quien tenga el mando de la nave, sólo se requiere de la presencia de dos testigos.

6. INTERPRETACIÓN DE LOS TESTAMENTOS:

Para empezar es necesario tener claro qué se entiende por interpretación, lo cual lo define Máximo Pacheco citando a Ihering al decir que “interpretar es desentrañar el sentido de una expresión. Se interpretan las expresiones para descubrir lo que significan. La expresión es un conjunto de signos; por ello tiene significación.”¹

“Ahora bien, la interpretación legal es la determinación del significado, alcance, sentido o valor de la ley frente a las situaciones jurídicas concretas a que dicha ley debe aplicarse.”²

“Interpretar la ley es, adaptar las normas abstractas a los casos singulares, es pasar de lo general a lo particular.”³

¹ RODRIGUEZ CASCANTE. (Roxana María), La interpretación del Testamento, Tesis para optar por el título de licenciado(a) en derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1986.

² VODANOVICH H. (Antonio), Curso de Derecho Civil, Santiago, Chile, Editorial Nacimiento, Tercera Edición, Tomo I, Volumen I, 1961, p119.

³ VALENCIA ZEA,(Arturo) Derecho Civil, Bogotá, Editorial Temis, Tomo I, 1957, p. 4.

Máximo Pacheco señala que desde el punto de vista jurídico, la interpretación tiene varias acepciones: “interpretar es determinar el sentido y alcance de las normas jurídicas, averiguar lo que tiene valor normativo, con lo que la función interpretativa delimita el campo de lo jurídico”¹; y se entiende también por interpretación “una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.”²

Ya propiamente con los testamentos esta interpretación consiste en averiguar el sentido de la declaración de voluntad del otorgante, manifestada por medio de las disposiciones testamentarias.

Muchos autores concuerdan al decir, que el testamento sólo cabe interpretarlo cuando sus cláusulas sean oscuras u ambiguas, y otros señalan que dicha interpretación debe darse siempre.

¹ PACHECO (Máximo) Introducción al Derecho, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 378.

² En el mismo sentido ver a RODRIGUEZ (Gino) y ARIAS BUSTAMANTE, Ciencias y Filosofía del Derecho, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p106.

García Amigo expresa que “la interpretación no puede influir directamente sobre la validez o eficacia de los testamentos, sin embargo, indirectamente está condicionando uno u otros efectos jurídicos, cambiando, unas veces, la persona designada, otras, la cuantía de lo que debe recibir cada heredero o legatario, algunas en fin, si han de heredar o no y en qué momento o con qué momento o con qué gravámenes.”¹

Problemática de la interpretación del testamento, por un lado el testamento es una de las manifestaciones del principio de la autonomía de la voluntad, por eso se dice que dicha interpretación debe dirigirse a la búsqueda de la voluntad real del testador.

Otro problema con respecto a la interpretación surge cuando el testador desaparece antes de que se produzca su eficacia, esto impide al intérprete determinar la voluntad, pero le otorga seguridad jurídica a las relaciones del

¹ GARCIA AMIGO, (Manuel), Interpretación del Testamento, Revista de Derecho Privado, España, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo LIII, enero-diciembre, 1969. p 632.

causante. Las dificultades en materia de interpretación de testamentos derivan en que la situación surge una vez fallecido el testador, lo que lo imposibilita participar en el proceso interpretativo y es otro el que se encarga en lugar del testador de reconstruir lo que quiso decir en dicho testamento.

Con respecto al momento que se debe tomar en cuenta para determinar la voluntad del testador, encontramos el del otorgamiento del testamento.

7. CAUSAS DE INVALIDEZ E INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS:

Cómo todo negocio jurídico, el testamento puede ser ineficaz, es decir, no producir los efectos a los que estaba dispuesto. Pero esta carencia de efectos del testamento puede originarse por diversas causas, que suelen sistematizarse en tres categorías: nulidad, revocación y caducidad.

7.1 Nulidad del testamento:

Nuestro Código Civil no se ocupa de la nulidad ni de la anulabilidad exclusiva del testamento, sin embargo, “conforme a derecho toda manifestación de voluntad puede estar viciada por error, dolo, intimidación o violencia, o porque se realice el acto por una persona incapaz legal o moralmente, o bien porque se otorguen en violación a leyes prohibitivas, o finalmente porque no se cumplan las solemnidades establecidas en el caso concreto para el testamento. Por ello, la falta de normas expresas dentro del campo del derecho sucesorio, nos obliga a echar mano de aquellas generales sobre la nulidad y anulabilidad- que el Código señala como nulidades, absolutas unas, relativas otras, contenidas en su mayoría en los artículos 835 y siguientes del Código Civil”¹. Los cuales destacan lo siguiente:

“Hay nulidad absoluta en los actos o contratos:

- 1.- Cuando falta alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia.

¹ VARGAS SOTO (Francisco Luis), Manual de Derecho Sucesorio Costarricense, Tomo I, 5ª edición, P. 379.

2.- Cuando falta algún requisito o formalidad que la ley exige que en ellos interviene.

3.- Cuando se ejecutan o celebran por personas absolutamente incapaces.”

ARTÍCULO 836: “Hay nulidad relativa y acción para rescindir los actos o contratos:

1.- Cuando alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia es imperfecta o irregular.

2.- Cuando falta alguno de los requisitos o formalidades que la ley exige teniendo en mira el exclusivo y particular interés de las partes; y

3.- Cuando se ejecutan o celebran por personas relativamente incapaces.”

“La nulidad del testamento, según lo ha entendido nuestra jurisprudencia, debe ser resuelta en juicio ordinario y no como cuestión incidental dentro del

mismo sucesorio, así lo resolvió el Tribunal Superior Civil en sentencia número 20 de las 14 horas del 12 de enero de 1973”¹.

Podemos citar por ende las siguientes como causas de invalidez o nulidad del testamento:

1. Si el testador carecía de capacidad necesaria para otorgarlo:

Artículo 591 del Código Civil: “Tienen incapacidad absoluta de testar:

1°. Los que no están en perfecto juicio.

2°. Los menores de quince años.”

Cuando el testador fuere menor de quince años y otorgare a pesar de ello un testamento, ese acto carecería de valor porque fue otorgado por una persona absolutamente incapaz. Se está acá, frente a la capacidad legal.

¹ VARGAS SOTO, op. Cit., pág, 390.

Si el testador, a pesar de tener más de quince años no se encontrare en su sano juicio, el acto de manifestación de última voluntad estaría viciado de nulidad absoluta por ser él absolutamente incapaz para otorgarlo.

2. Si no se observaron en su otorgamiento las solemnidades o requisitos de forma prescrita por la ley:

En materia de formalidades doctrinal y jurisprudencialmente se ha dispuesto que la ausencia de cualquier formalidad no es motivo suficiente para anular un testamento. Sobre lo anterior don Alberto Brenes Córdoba dispuso que "... lo que importa es que conste de manera indudable la voluntad libre del testador: si su testamento no contiene ninguna disposición anormal que haga dudar con fundamento de la legitimidad del acto: si se han observado los requisitos esenciales, ¿qué principio podría autorizar a la declaratoria de insubsistencia basada en la falta o imperfección de una ritualidad secundaria? Ninguno, ciertamente... la jurisprudencia de nuestros Tribunales ha sido constante en el sentido de mantener las disposiciones de última voluntad, siempre que no haya

habido violación de ley en punto esencial, lo que no puede menos de conceptuarse en extremo satisfactorio por estar de acuerdo con la buena doctrina. Véanse casaciones de 26 de diciembre de 1896; 13 de junio de 1901; 25 de julio del mismo año y 16 de marzo de 1906”¹

3. Si se otorgó el testamento contra una prohibición legal:

Ante lo anterior habría que irse al caso concreto para analizar si estuvo o no contrario a derecho, por ejemplo podríamos citar algunos ejemplos del profesor Francisco Luis Vargas como el otorgamiento de un testamento mediante un poder conferido a un tercero, siendo que el artículo 577 del Código Civil lo prohíbe expresamente, de manera que tal acto sería nulo.

Así también lo sería aquel acto que revistiendo la forma de testamento, contuviere alguna violación al artículo 520 del Código Civil, que prohíbe se estipule algo sobre los derechos a la sucesión de una persona, mientras esté

¹ Brenes Córdoba (Alberto), Tratado de los bienes. San José, 1927, 2ª edición, pág. 349.

viva. El cual dice expresamente: “La sucesión de una persona se abre por la muerte de ella. Nada podrá estipularse sobre los derechos a la sucesión de una persona, mientras esté viva, aunque ella consienta.”

4. Si se otorgó bajo error, dolo, intimidación o violencia:

“Cualquiera de las causas que vician la voluntad- error, violencia, dolo o intimidación-pueden anular los efectos del testamento. Sin embargo, por una parte, si se trata del error, es necesario que se establezca con claridad, si de haber conocido el testador la verdad de las cosas habría testado en la forma en lo hizo”¹. Sin embargo, si el testador aún estando vivo descubre el engaño y desea mantener su posición debería en principio por una manifestación expresa de su voluntad, que podría ser otorgando un nuevo testamento, otorgarlo sin el evidente vicio o error; toda vez que otorgado el primer testamento en las condiciones antes dichas la sanción prevista por la ley- la nulidad-recae sobre el acto mismo.

¹ VARGAS SOTO (Francisco Luis), Manual de Derecho Sucesorio Costarricense, Tomo I, 5ª edición, P. 384

5. La invalidez del testamento falso:

La falsedad se produce por hechos ajenos a la voluntad del testador, pero envuelve un acto criminal: la falsedad realizada por ejemplo por el notario. Un ejemplo de lo anterior nos es dado por el profesor Francisco Luis Vargas: el notario en vez de consignar lo que el testador dijo, instituyendo heredero o legatario a una persona determinada, pone a su antojo a otra persona. En este caso es evidente que hay una falsedad que debe invalidar el testamento, pero tratándose de delito se requiere que exista un pronunciamiento de los tribunales penales sobre la existencia del mismo y sobre su autor para que pueda provocar la pérdida de vigor del testamento, o bien, que excepcionalmente pueda en sede civil declararse la existencia de la falsedad conforme lo establece el Código Procesal Civil, por muerte del responsable, por no aparecer el autor o por haber prescrito la acción penal.

7.2. Revocación del testamento:

Cuando numeramos las características del testamento supra, señalamos dentro de las principales, su carácter de ser un acto revocable; y en efecto una vez otorgado el testamento, el testador no queda obligado por lo ahí dispuesto.

Según como lo expresa el artículo 621 del Código Civil el testamento es revocable en cualquier momento y nadie puede alegar derechos adquiridos. “De manera que el testador en cualquier momento podrá válidamente cambiar de parecer y revocar el testamento, pura y simplemente, o bien otorgar a la vez nuevas disposiciones que sustituyan las de un testamento anterior

La potestad de revocar un testamento es irrenunciable. De manera que aunque el otorgante haya manifestado que el testamento que ahora otorga será el único y que no revocará o cambiará lo ahí estatuido, ello no tiene la virtud de obligar al testador, de manera que podrá hacerlo, en cualquiera de las formas

dichas, mientras esté vivo y sea capaz”¹. Puede también revocar el testamento y en el segundo indicar que el testamento se revoca. La revocatoria puede ser expresa, tácita, total o parcial

7.2.1. Revocación Expresa:

“Es de principio en derecho que las cosas se deshacen como se hacen”². Así pues como se dijo anteriormente, el testamento podrá ser revocado por otro testamento posterior. Ahora bien, tal revocación puede ser parcial o total, en el tanto en que el testador quisiera hacer desaparecer sólo algunas de las disposiciones o todo el contenido del testamento. Como lo dispone el artículo 621 del Código Civil, es claro que se da revocación expresa cuando el testador mediante un testamento, manifiesta en forma clara y precisa según su voluntad que el testamento otorgado con anterioridad no surta ningún efecto a su muerte. “En este caso lógicamente el testamento, como un todo, dejará de existir, jurídicamente hablando. Y nadie podrá estar legitimado para

¹ VARGAS SOTO (Francisco Luis), Manual de Derecho Sucesorio Costarricense, Tomo I, 5ª edición, P. 366

² VARGAS SOTO, op. Cit., pág, 366.

reclamar contra ese acto de revocación, pues no es posible alegar derechos adquiridos mientras el testador esté vivo. Inclusive aún cuando hubiesen pasado más de diez años de la fecha de otorgamiento del testamento, pues aquí no contará la prescripción, al considerarse, legalmente hablando, que el testamento aunque materialmente existente, no empieza a surtir efectos sino hasta cuando el otorgante haya dejado de existir. Desde luego sí sería posible pretender impugnar la revocación del testamento cuando el otorgante, al momento de la revocación del testamento no se encontraba en su sano juicio, o cuando hubiere sido alcanzado por alguna incapacidad legal.

La revocación expresa puede ser también parcial, en la medida en que el testador modifique únicamente parte del testamento dejando vigente el resto. Sin embargo, en estos casos pueden surgir dudas, pues el segundo testamento puede caducar o bien ser revocado a su vez por un tercer testamento.

En el primero de los casos, la revocación produce sus efectos a pesar de la caducidad del segundo testamento, por incapacidad o renuncia del

heredero o legatario beneficiado en el último”¹. Esto es dispuesto así por el artículo 624 del Código Civil que indica que “la revocación producirá su efecto aunque caduque el segundo testamento por incapacidad o renuncia del heredero o legatario nuevamente nombrado”. Así que habrá que remitirse en este caso a lo que dispone la sucesión legítima, siempre y cuando el testador no haya instituido en el segundo testamento un sustituto o bien que no se esté frente al derecho de representación.

“En el segundo supuesto, esto es, en caso de revocación del segundo testamento por un tercer acto de última voluntad, el primero, a menos que el testador dispusiere lo contrario, no recobra su vigencia, dispuesto así por el artículo 623 del Código Civil que indica “por el solo hecho de revocarse en un tercer testamento la revocatoria de un primero, no reviven las disposiciones de éste; es preciso que el testador expresamente lo declare”. Cosa distinta sucede si el segundo testamento desaparece, no por revocación, sino por alguna

¹ Vargas Soto, op. Cit., pág, 367.

causa de nulidad”¹. Tal como lo declara don Alberto Brenes Córdoba “...si fuere declarado nulo el testamento que revocaba otro, el revocado adquiere su fuerza primitiva, en razón de que conforme a derecho, el acto nulo es impotente para producir efecto legal de ningún género”²

7.2.2 Revocación Tácita:

Se da cuando el testador no revoca expresamente un testamento anterior pero incluye en el nuevo cláusulas incompatibles, puede haber:

- Revocación absoluta o material:

Consiste en cambiar el destinatario de un bien como por ejemplo: lo que le dio a A ahora se lo deja a B. Lo anterior se da solamente en caso de legado.

¹ Idem, pág, 368.

² BRENES CORDOBA (Alberto), Tratado de los bienes. San José, 1927, 2ª edición, pág. 376

- Revocación tácita de intención:

Funciona en el caso de herederos, otorga un segundo testamento y no indica que existe o que revoca el primer testamento, pero indica a nuevos herederos universales. Podría en un primer testamento declarar legatarios y en un segundo testamento declarar herederos, en ese caso no hay problema de revocación tácita porque no hay incompatibilidades.

- Revocación tácita real:

Se da cuando el testador dispone de las cosas que había legado en vida, dejando el testamento sin contenido. La ley lo trata como una caducidad, artículo 626 "... el legado específico caduca cuando el testador enajena de cualquier modo la cosa legada, o la transforma de modo que no conserve ni la forma ni la denominación que antes tenía, y cuando la cosa perece antes de la muerte del testador o antes de cumplirse la condición suspensiva de que depende el legado".

7.2.3. Revocación legal o de pleno derecho:

Esta figura no existe en Costa Rica. Se da precisamente por disposición de la ley, no por la propia voluntad del testador. Un ejemplo de este tipo de revocación podría ser cuando la disposición testamentaria se da tomando en cuenta un vínculo y ese vínculo desaparece, por ejemplo que designa como heredera a la esposa y después se divorcian.

Sin embargo en Costa Rica funciona diferente, ya que lo que ha expresado la jurisprudencia es que se debe ir al momento en que se emitió el testamento para saber la verdadera voluntad del testador, por ello en el caso que el vínculo desapareciera, el testamento seguiría vigente, toda vez que no existe en nuestro Código Civil una disposición que indique que en caso de que no exista ese vínculo o condición, la disposición es inválida.

7.3. Caducidad del testamento:

Opera cuando el testamento deviene en ineficaz por hechos ajenos al testador y normalmente posteriores al fallecimiento de éste. “Este fenómeno se relaciona con la derogatoria o extinción de los efectos del testamento, pues se refiere a la pérdida de vigencia y aplicación de la memoria por motivos y causas sucedidos en el intervalo del otorgamiento a la muerte del testador, y completamente ajenos a la voluntad, querer e intención de éste, los cuales le hacen perder todo efecto”¹. Así ocurre en los casos por los cuales una persona no puede heredar, conforme al artículo 626 del Código Civil, cuando el llamado como heredero o legatario muere antes que el testador y no se da el fenómeno de la representación por no existir representantes o porque de existir éstos no son descendientes o sobrinos del testador; porque la condición suspensiva de que dependía la existencia del legado o herencia llega a faltar o se cumple la condición resolutoria; o cuando el mismo es declarado indigno o repudia el beneficio y finalmente cuando en presencia de uno de los tipos de testamento privilegiado no se diere la muerte del otorgante dentro del plazo y condiciones

¹ VELASQUEZ LONDONO (Rubén), Derecho de Herencia, Pág. 277...

previstas por la ley al efecto; motivos estos que frustran la efectividad de la memoria, pero todos ajenos a la voluntad directa del testador y que implican la pérdida total o parcial de la aplicación práctica del testamento.

7.3.1. Caducidad parcial del testamento:

“Si la causa de caducidad afecta sólo parte del testamento, como por ejemplo si uno de los herederos instituidos renuncia a la herencia o legado, o deviene indigno o premuere al causante y no se diere el caso de su representación o sustitución, entonces la caducidad afectará única y exclusivamente a este heredero y no a los restantes instituidos”¹

Lo mismo debe suceder en caso de que el heredero o legatario resulte incapaz de heredar al causante, pues tal incapacidad deberá afectar sólo a éste. Por ello afectando solamente a herederos o legatarios determinados, las demás disposiciones del testamento deben quedar vigentes y eficaces, cumpliéndose así la voluntad del testador.

¹ VARGAS SOTO, op. Cit., pág, 377.

Sin embargo, el efecto respecto a los bienes sucesorios que sobre la parte del testamento caducaron, no existiendo previsión al respecto dentro del testamento, sería recurrir primeramente al acrecimiento a favor de los otros herederos, o en caso contrario acudir a las reglas de la sucesión legítima para decidir a quien corresponde.

7.3.2. Caducidad total del testamento:

La caducidad total del testamento se daría entonces cuando todos los legatarios y herederos o solamente estos en caso de no existir aquellos en el testamento o viceversa, están en alguno de los supuestos anteriormente señalados, perdiendo eficacia el testamento en su totalidad. Lo anterior sería perfectamente posible especialmente cuando en el testamento concorra un único y universal heredero.

“Pero la forma propia de caducidad total del testamento ocurre cuando se hubiere otorgado un testamento militar o uno de navegación conocido

como marítimo y el otorgante no hubiere muerto durante la situación en que lo otorgó o dentro de los treinta días inmediatos a su finalización, pues por una cosa u otra, el testamento caducará, conforme lo dispone el artículo 586, párrafo final del Código Civil”¹

El testamento de que habla este artículo debe llenar las formalidades del artículo anterior, y sólo vale si el testador muere durante la situación en que lo otorgó o dentro de los treinta días inmediatos.”

¹ Idem, pág, 378.

CAPITULO III SUJETOS DEL TESTAMENTO

1. DEL CAUSANTE

1.1 Capacidad para testar:

La palabra capacidad se puede definir como la actitud que se tiene para realizar algunas cosas y sirve para designar las fundamentales manifestaciones de la subjetividad, la cual se manifiesta a través de la Capacidad Jurídica y la Capacidad de Actuar.

Por tal razón se puede afirmar que pueden testar todos aquellos a quienes la ley no se los prohíba expresamente, este aspecto es fundamental para determinar quién tiene capacidad para suceder.

La capacidad jurídica se identifica con la misma del sujeto, es inherente a toda persona desde su nacimiento y se refiere a la etapa de relevancia jurídica. Es la actitud para ser titular de derechos y deberes; en cambio la capacidad de actuar, que debe ser reconocida por el ordenamiento jurídico

siempre y cuando se den ciertos presupuestos exigidos por ley, tales como la edad, el estado civil y la salud, es la posibilidad jurídicamente reconocida de realizar actos jurídicos.

Nuestro Código Civil en su artículo 590 dispone: "El testador debe ser moralmente capaz al hacer el testamento y legalmente capaz al hacer el testamento y abrirse la sucesión." ¹

Don Alberto Brenes sostiene que el tener capacidad para otorgar un testamento es la regla y el carecer de ella es la excepción: "La facultad de disponer de los bienes por testamento la conceden las leyes a la mayor parte de las personas, por consiguiente, tenerla es la situación normal, carecer de ella es la excepción a la regla..."²

¹ VARGAS SOTO (Francisco Luis), Manual de Derecho Sucesorio Costarricense, 2001.

² BRENES CORDOBA (Alberto), Tratado de los bienes. San José, 1927, 2ª edición.

La norma habla de dos tipos de capacidad: la moral y la legal, exigiéndose la primera al momento de confeccionarse el testamento y la última en dicho momento, pero también al momento de abrirse la sucesión.¹

Nuestra normativa dicta:

ARTÍCULO 591.- Tienen incapacidad absoluta de testar:

- 1.- Los que no están en perfecto juicio.
- 2.- Los menores de quince años.

Al hablarse de capacidad moral se hace alusión al deber ser moralmente capaz al hacer el testamento, lo cual indica que debe encontrarse en su sano juicio. Y al hablarse de capacidad legal es aquella que deviene de la ley y como bien lo señala don Alberto Brenes Córdoba, en nuestro sistema vigente, la capacidad legal está referida única y exclusivamente a la edad. Por ejemplo una persona incapaz legalmente hablando para otorgar testamento es el menor de quince años.

¹ VARGAS SOTO (Francisco Luis), Manual de Derecho Sucesorio Costarricense, 2001.

Con respecto a la capacidad para testar en el extranjero se dice que se regirá por la ley nacional, o la domiciliar, o algunos incluso aplican la ley de donde se encuentran los bienes inmuebles. También se habla que al existir falta de reciprocidad internacional se podría establecer una incapacidad para heredar.

1.2 La libertad para testar:

“En derecho costarricense, existe el principio de libertad de testamentifacción, entendiéndose libertad como la facultad que tiene toda persona legal y moralmente capaz para disponer de su bienes en la forma que más convenga sus intereses, pudiendo incluso excluir a los parientes considerados por ley como herederos legítimos”.¹

Básicamente la libertad para testar es aquella voluntad del testador de disponer de sus bienes a favor de quién quisiere, claro esta que dicho testador

¹ BARAHONA MELGAR (María Isabel), OREAMUNO BLANCO (Rafael Antonio), La libertad de testar en Costa Rica, Tesis de Grado para Optar al título de Licenciados en Derecho, 1982.

no debe desatender sus obligaciones a favor de aquellas personas que dependen de alimentos tales como hijos menores o inválidos, los padres y el consorte, mientras lo necesiten, y claramente en nuestro Código de Familia en su artículo 158 dispuso que la deuda por alimentos tiene un privilegio, pues priva sobre cualquier otro, además se encuentra el privilegio sobre todo patrimonial a favor de los trabajadores para el pago de sus derechos laborales.

Dentro de nuestra normativa en los artículos 590 y 591 de nuestro Código Civil, encontramos que sólo están facultados para otorgar testamento las personas mayores de quince años de edad que se encuentren en pleno goce de sus facultades mentales y síquicas.

Don Alberto Brenes Córdoba, refiriéndose a la libertad de testamentifacio nos dice “el derecho para disponer libremente de nuestro caudal en el curso de la existencia, es uno de los más preciados y esenciales atributos de la propiedad. Privarnos de él en el momento solemne en que previendo nuestro fallecimiento, nos replegamos dentro de nosotros mismos,

tomamos en cuenta nuestra particular situación, los recursos de que dispongamos, las necesidades de las personas cuya suerte nos interesa, su condición, estado y demás especiales circunstancias, para hacer el reparto de los bienes como lo aconsejan el efecto, la prudencia y la justicia, es, ciertamente, a la vez que notoria inconsecuencia, atentar contra una facultad de alta importancia, que el derecho especulativo reconoce y fundamenta.”¹

Existen dos tipos de incapacidad para ejercer el derecho de testar:

- 1- La incapacidad absoluta, que puede ser mental o legal, se refiere al impedimento que una persona tiene para otorgar testamento en cualquier forma (el caso de los sordomudos que no saben leer ni escribir)
- 2- La incapacidad relativa, se refiere al impedimento que tiene una persona para otorgar cierta clase de testamentos.

“Tienen capacidad relativa para testar los ciegos y los que no saben leer ni escribir, pues solo se les concede la posibilidad de otorgar testamento

¹ BRENES CORDOBA (Alberto). Tratado de los bienes, San José, Editorial Juricentro S.A, 5ta edición 1981.

abierto, por la imposibilidad en que se encuentran para disponer en forma privada, sin exponerse a engaño.”¹

2. LA INSTITUCION DEL HEREDERO:

La institución de heredero es la disposición testamentaria por virtud de la cual, el testador designa a la persona que haya de sucederle a título universal.²

Según nuestra normativa en su artículo 596 del Código Civil define al heredero como: “el instituido como legatario de parte alícuota de la herencia es heredero.”

Así mismo el artículo 597 indica que “los herederos instituidos sin designación de partes, heredan con igualdad.”

¹ BARAHONA MELGAR (María Isabel), OREAMUNO BLANCO (Rafael Antonio), La libertad de testar en Costa Rica, Tesis de Grado para Optar al título de Licenciados en Derecho, 1982.

² Ibidem

Con respecto a la responsabilidad de dicho heredero por las deudas del causante se encuentran contempladas en el artículo 535 del Código Civil el cual dispone: “El heredero no responde de las deudas y cargas de la herencia, sino hasta donde alcancen los bienes de ésta. Aceptada pura y simplemente, toca al heredero probar que no hay bienes suficientes para el pago de deudas y cargas; y aceptada a beneficio de inventario, incumbe a los acreedores probar que hay otros bienes además de los inventariados.” Existiendo de esta manera una separación de bienes.

2.1. Legados:

El legado es la transmisión gratuita y a título particular hecha por el testador, de un bien determinado, a favor de una persona y a cargo de la herencia, cuyo dominio y posesión se transmite en el momento de la muerte del testador.

El artículo 596 lo define como: “el instituido por el testador como heredero de una cosa cierta y determinada, es tenido por legatario de ella.”

Se dice que el legatario es un heredero privilegiado ya que frente a los acreedores comunes del causante, su responsabilidad es subsidiaria. Sin embargo según indica el artículo 612 “Si los bienes de la sucesión se han repartido todos en legados, las deudas y cargas de ella se repartirán a prorrata entre todos los legatarios en la proporción de sus legados, y sobre el valor líquido de éstos tendrá un diez por ciento aquel a quien se declare heredero conforme a la ley.”

Una diferencia que existe entre el legatario y el heredero es que el legatario se apropia del bien legado desde el momento mismo de la muerte del causante, mientras el heredero tiene que esperar a que se defina, una vez pagadas las deudas del causante. Así lo expresa el artículo 604 que dispone lo siguiente: “El legatario o heredero adquiere el legado o herencia incondicional o

a término cierto, o bajo condición resolutoria, desde el momento en que muere el testador. El legado o herencia cuya existencia dependa de condición suspensiva, no se adquiere por el legatario o heredero, sino al cumplirse la condición. El acreedor cuyo crédito no conste sino por testamento, será tenido por legatario.”

2.2. Capacidad para recibir testamentos:

Existen casos en que falta dicha capacidad para suceder y se derivan de los casos en que por ejemplo falta existencia, que sería el caso de los que aun no se encuentran concebidos, ya que no existen como personas físicas y para la sucesión legítima se consolida en el momento mismo de la muerte del causante y por eso debe encontrarse quien posea entonces la personalidad física al menos en el estado embrionario.

No debe existir la condición de indignidad, la cual trataremos mas adelante.

Además de existir dos condiciones importantes: el ser persona física, no pudiéndose considerar como sucesores las persona jurídicas o morales a excepción de lo que indica el artículo 572 del Código Civil que señala al Estado, quien sin ser persona física es llamado a suceder en última instancia. Dicho inciso indica:

“... 6) Las Juntas de Educación correspondientes a los lugares donde tuviere bienes el causante, respecto de los comprendidos en su jurisdicción.”

Y también aunado a lo anterior se debe considerar quienes se encuentran en incapacidad de recibir un testamento, dicta el **ARTÍCULO 592**: “Tienen incapacidad relativa de recibir por testamento:

1.- Del menor no emancipado, su tutor, a no ser que habiendo renunciado la tutela haya dado cuenta de la administración, o que sea ascendiente o hermano del menor;

2.- Del menor, sus maestros o pedagogos, y cualquier persona a cuyo cuidado esté entregado;

3.- *La Sala Constitucional mediante Sentencia No. 2000-6328 de las 16:20 horas del 19 de julio del 2000, anuló por inconstitucional este inciso.*

4.- Del cónyuge adúltero, su copartícipe, si se ha probado judicialmente el adulterio, salvo que se hubieren unido en matrimonio.

5.- Del testador, el cartulario que le hace el testamento público o autoriza la cubierta del testamento cerrado, y la persona que le escriba ésta.

La incapacidad de los incisos 2) y 3) no impide los legados remunerativos de los servicios recibidos por el testador, ni las disposiciones en favor del consorte o de parientes que pudieran ser herederos legítimos del testador.”

Además el estar presente es fundamental, “nuestra ley en caso de ausencia de una persona física, y de acuerdo al período de tiempo que la misma dura, ha distinguido tres períodos: 1) Presunción de ausencia, 2) Declaración de ausencia y 3) Presunción de muerte”.¹

Claro está, que es hasta que se produce la presunción de muerte que se confiere la posesión definitiva de los bienes que les corresponde a los sucesores, y estos gozarán de la posesión definitiva, pero con la obligación de restituirlos en caso de que el ausente aparezca. De acuerdo a lo anterior el artículo 78 de Código Civil expresa “Si la ausencia ha continuado durante veinte años después de la desaparición o durante diez años después de la declaratoria de ausencia, o de las últimas noticias, o si han corrido ochenta años desde el nacimiento del ausente, el Juez, a instancia interesada, declarará la presunción de muerte. Hecha esta declaración, se dará la posesión definitiva de los bienes, sin necesidad de fianza, a sus herederos presuntivos al tiempo de la desaparición, o de las últimas noticias y a los demás interesados

¹ BARAHONA MELGAR (María Isabel), OREAMUNO BLANCO (Rafael Antonio), La libertad de testar en Costa Rica, Tesis de Grado para Optar al título de Licenciados en Derecho, 1982.

de que habla el artículo 54, quedando cancelada la garantía dada para la posesión provisional.”

Como bien lo señala don Alberto Brenes Córdoba, “en todo lo relativo a asuntos de interés material o pecuniario, la presunción de muerte surte los mismos efectos legales que el fenómeno de la muerte efectiva. Por esto sería admisible la petición de herencia que en representación del ausente hiciera un descendiente suyo, en la causa mortuoria de un antecesor o de un tío del representante”.¹

2.3. Derecho de Representación:

Como bien lo señala nuestra normativa en el artículo 574 del Código Civil, en la sucesión abintestato se hereda por derecho propio o por representación. ARTICULO 574: “Se puede suceder por derecho propio o por

¹ BRENES CORDOBA (Alberto), Tratado de las personas, San José, Editorial, Costa Rica, notas y comentarios por VARGAS FERNANDEZ (Eladio), 1974.

representación. Esta sólo se admite en favor de los descendientes del difunto y en favor de los sobrinos”.

Al hablar de la representación deben existir los mismos requisitos a quien sucede por derecho propio y debe estar concedido al momento de la apertura de la sucesión.

Además debe entenderse que el término representación no equivale a la representación en los negocios jurídicos, ya que en éstos esta figura se da cuando actúa una persona a nombre de otra, recibiendo la representada los beneficios y efectos de tal actuación.¹

En derecho sucesorio es el representante quien recibe el beneficio de la herencia y no su representado. En esta institución el supuesto representante es llamado por ésta a recoger aquella parte de la herencia que hubiera

¹ idem

recogido el representado y aquél recibe su derecho, no de la voluntad de éste, sino de la ley y a quien sucede es al causante.

La institución de la representación se da cuando existen los supuestos de heredero premuerto, indignidad y en el caso del que repudia la herencia.

Con respecto al heredero premuerto el derecho de representación se presenta cuando el heredero muere con anterioridad a la apertura de la sucesión porque si el hecho ocurre con posterioridad a la muerte del causante no habría representación ya que la sucesión del fallecido puede ser heredera del causante.

Al hablar de la representación del indigno y de quien repudia la herencia encontramos que el derecho de representación también se hace presente cuando el heredero estando en vida no puede heredar ya sea por indignidad o por haber repudiado la herencia, esto básicamente se hace para proteger a los descendientes del indigno o del que repudió la herencia ya que no sería justo

que se castigara a éstos no permitiéndoles recibir la cuota que les hubiera tocado en caso de premoriencia del pariente.

2.4. Aceptación de la Herencia:

Es un acto en virtud del cual el heredero consolida, ya en forma provisional, y ya en forma definitiva, su calidad de tal.

Según lo indica el artículo 527 del Código Civil: “La aceptación y la renuncia de la herencia son actos libres y voluntarios; no pueden hacerse en parte, ni con término, ni bajo condición, ni por quien no tenga libre administración de sus bienes.”

La declaración consiste unas veces, en una declaración de voluntad unilateral del llamado, tendiente a consolidar su carácter de sucesor (sucesor expreso), y otras, en la realización de actos a los cuales la ley les atribuye el

efecto de consolidar el carácter de heredero (aceptación tácita). Conforme a lo anterior los artículos 528 y 529 disponen:

“ARTÍCULO 528.- La aceptación de la herencia, para que produzca todos sus efectos legales, ha de ser expresa, pidiendo al Juez del domicilio de la sucesión, la declaratoria de ser tal heredero.”

“ARTÍCULO 529.- El término para aceptar la herencia será de treinta días hábiles, contados desde la publicación, en el Boletín Judicial, del edicto en el que se avise sobre el inicio del proceso de sucesión y se emplace a los interesados en ésta. Cuando aparezcan en autos el nombre y el lugar de residencia del heredero, no correrá para él el término del emplazamiento, sino desde la fecha en la que se le notifique personalmente.

Si no fuere del caso notificar personalmente al heredero, y éste se hallare fuera de la República, el término para aceptar la herencia se considerará prorrogado por treinta días hábiles más, para el solo efecto de que,

si aquél hubiere entrado en posesión de la herencia, no haga suyos los frutos recibidos.

Rige desde su publicación, hecha en La Gaceta del 17 de junio de 1951, pero los juicios sucesorios que estuvieren iniciados al entrar en vigencia continuarán rigiéndose por las disposiciones legales que existían en el tiempo de su iniciación.”

2.5. Renuncia de la Herencia:

Es una declaración expresa de voluntad, en la cual el heredero llamado a la herencia manifiesta en la forma dispuesta por la ley, no querer asumir los derechos y obligaciones hereditarios.

En relación al tema encontramos el artículo 537 el cual señala: “La renuncia de una herencia debe ser también expresa y hacerse ante el Juez llamado a conocer de la sucesión. Los acreedores del renunciante en los casos y durante el tiempo que la ley les faculte para anular los actos que su deudor

ejecute con perjuicio de ellos, pueden impugnar la renuncia y hacer efectivos los derechos que corresponderían a su deudor si no hubiera renunciado.”

Sin embargo a lo anterior el que ha renunciado la herencia intestada de una persona, puede reclamar la misma herencia en virtud de un testamento que no conocía al hacer la renuncia, esto de conformidad con el artículo 540 del Código Civil que indica: “El que ha renunciado la herencia intestada de una persona, puede reclamar la misma herencia en virtud de un testamento que no conocía al hacer la renuncia.”

2.6 Indignidad:

Podríamos definir que la persona indigna es aquella que es llamada a herencia pero cometió contra la persona o la honra del causante, o sus parientes inmediatos alguna ofensa grave.

También definida como “una pena civil que la ley fulmina contra el heredero o legatario culpable de un agravio al del cujus, o de su memoria.”¹

En nuestro ordenamiento jurídico encontramos claramente esta figura determinada en el artículo 523 del Código Civil que contempla los supuestos en virtud de los cuales se puede declarar indigno a un heredero, de acuerdo con las cuales una persona no podría recibir bienes, derechos y obligaciones de quien se los heredara por sucesión testamentaria o legítima.

Esas causales son:

“1º- El que cometa alguna ofensa grave contra la persona u honra del causante, sus padres, consorte o hijos.

2º- El que acuse o denuncie al causante por delito que merezca pena corporal, salvo si el delito se hubiere cometido contra el mismo heredero o legatario, su consorte, padres o hijos, y el que en proceso abierto por delito merecedor de esa pena, declare falsamente contra el causante.

¹ CARRIZOSA PARDO (Hernado), Las sucesiones, Editorial Liberia Voluntad, S.A, Bogota, 1945.

3º- Los parientes que estén el alguno de los casos de que habla el artículo 183 del Código de Familia.

4º- Los parientes comprendidos entre los herederos legítimos, que, hallándose el causante loco o demente y abandonado, no cuidaren de recogerlo o hacerlo recoger en un establecimiento público.

5º- El que por recibir la herencia o legado estorbó, con fraude o por fuerza, que el causante hiciera testamento o revocara el hecho, o sustrajo éste, o forzó al causante para que testara”.

Y como bien lo señala nuestra jurisprudencia en la resolución 2002-00624:

“Se desprende de la transcripción, que la exclusión de un heredero de una sucesión procede por causales de indignidad, que se dan sobre todo por razones morales, de acuerdo con las cuales se estima que el heredero: “...*no es merecedor* de obtener el beneficio patrimonial que le produciría la sucesión.”- (Francesco Messineo. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo VII. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1956. Pág. 45).- Como señala el mismo autor Francesco Messineo: “...la *indignidad* para suceder, o

sea, para *recibir* por sucesión...es una especie de *incompatibilidad moral*, en que el sucesor posible viene a encontrarse, por hecho suyo propio, respecto del *de cuius*, y en virtud de la cual *puede ser excluido* de la sucesión.” (Op. Cit. Pág. 44).- Como dice don Alberto Brenes Córdoba en su Tratado de los Bienes: “...este es un castigo que se impone al que falta de un modo grave a las consideraciones debidas a su benefactor, o le ofende con hechos reveladores de odio u otra pasión malsana” (Ver obra citada. Cuarta Edición. Editorial Juricentro S.A. 1981, Pág. 237 y 138).

2.7 La Desheredación:

Se define como una disposición testamentaria por virtud de la cual se priva a un heredero forzoso o legitimario de su derecho o bien como el instituto que excluye de la herencia con justa causa a algún heredero forzoso.

Esta es una figura que mencionaremos a grosso modo debido a que en nuestro ordenamiento jurídico no se encuentra regulada, sino que la figura que

se aplica es la indignidad propiamente dicha. Sin embargo encontramos aspectos importantes.

Las condiciones para que se de dicha desheredación son que se debe indicar expresamente en el testamento. Dicha causa debe de existir al otorgarse el testamento, debe de estar señalada por la ley y ser sobre la totalidad del legado.

Consiste en privar de la legítima a un heredero forzoso, lo que solamente puede hacerse por testamento y basarse en alguna de las causas legalmente establecidas.

Si la desheredación se realiza y no se expresa su causa, no se prueba la misma o es distinta de las que se establecen legalmente, puede ser anulada por los tribunales.

Por su parte, si el desheredado niega la causa de desheredación, el resto de los herederos podrán acreditar ante el Juez que es cierta. En estos casos, no serán válidas las legítimas que contengan el testamento sino sólo los legados y demás disposiciones testamentarias realizadas al margen de las mismas.

Así, el testador no puede desheredar sin más a su capricho; sólo puede hacerlo si concurre alguna de las siguientes causas genéricas de desheredación:

1. Los padres no pueden heredar a sus hijos si los han abandonado, corrompido o prostituido.
2. Tampoco puede suceder el que ha sido condenado en juicio por atentar contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes, incluso aunque tenga la condición de heredero forzoso (en cuyo caso perderá su derecho a la legítima)

3. El que hubiese acusado al testador de cometer un delito que pueda ser castigado con la pena de prisión grave (al menos 6 años), si la acusación se declara calumniosa.

4. El heredero mayor de edad, que sepa que el testador ha fallecido de forma violenta y no comunique su muerte a la justicia, salvo en los casos en los que ya se estuviese investigando.

5. El que con amenaza, fraude o violencia obligue o impida al testador a hacer testamento, modificarlo u oculte maliciosamente el que se haya realizado.

Además de las causas anteriores, existen una serie de causas específicas que también son causa de desheredación y que pueden concurrir o no en las siguientes situaciones:

Para desheredar a los hijos y descendientes:

-Negar alimentos al padre o ascendiente que realiza la desheredación sin motivo aparente.

-Injuriar o maltratar gravemente ya sea de obra o de palabra.

Para desheredar a los padres:

-Haber sido privados de la patria potestad judicialmente por incumplimiento de los deberes que comporta.

-Haber negado alimentos a sus hijos o descendientes sin motivo legítimo.

-Haber atentado uno de los padres contra la vida del otro y no existiese entre ambos la reconciliación.

Para desheredar al cónyuge:

-Incumplir grave o reiteradamente los deberes conyugales.

-Negar alimentos a los hijos o al otro cónyuge.

-Atentar contra la vida del cónyuge testador, si no hay reconciliación posterior.

¿Qué efectos tiene la desheredación?

Fundamentalmente el heredero que ha sido desheredado queda privado de toda participación en la herencia.

Sin embargo, las donaciones que haya realizado en vida el testador en su favor no pueden ser revocadas salvo que el hecho que haya dado lugar a la desheredación sea también causa de revocación de la donación.

Si, con posterioridad, el testador y el desheredado se reconcilian, la desheredación quedará sin efecto.

Por su parte, la legítima del desheredado se transmitirá a sus hijos y descendientes quienes conservarán a su favor los derechos que pertenecían al desheredado en la herencia.

TITULO II: REALIDAD NACIONAL

CAPITULO I: ESTUDIO DE CAMPO:

Nuestra tesis fundamentalmente trata del análisis respecto a si la figura del testamento se encuentra vigente y si se utiliza como una forma que el testador deje, o distribuya sus bienes, de la forma que mejor le parezca.

Para corroborar lo anterior se realizó un estudio de campo y se visitó el Archivo Nacional y el Juzgado Primero Civil de Mayor Cuantía de San José, para hacer un estudio por muestreo.

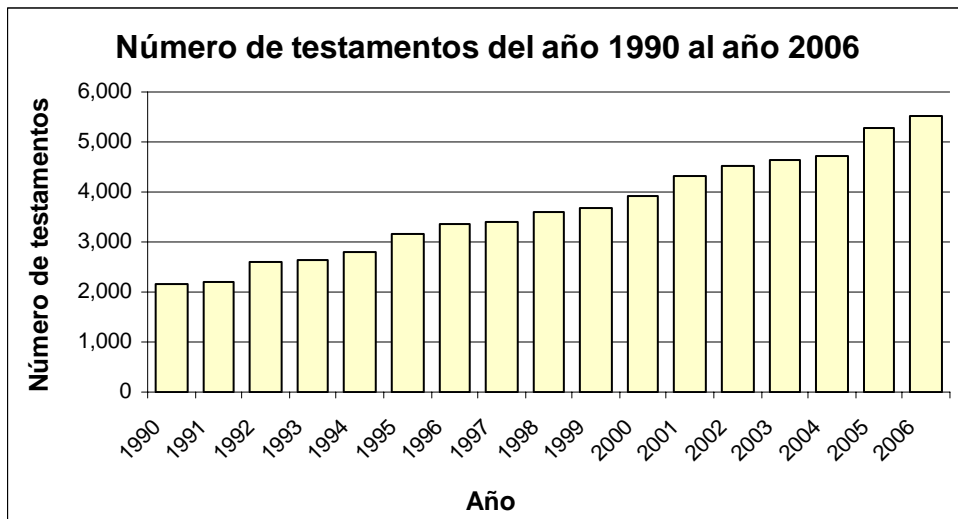
Como es sabido, El Archivo Nacional, es una institución centenaria que alberga el patrimonio documental costarricense, fundado con carácter de oficina según el decreto XXV del 23 de julio de 1881. Cuya misión es la de ser la entidad que reúne, conserva, organiza y facilita los documentos textuales, gráficos, audiovisuales y legibles por máquina, que constituyen el Patrimonio

Documental de La Nación, así como ser la entidad rectora del Sistema Nacional de Archivos.

Y en su patrimonio documental custodiado, se encuentra el archivo notarial, el cual está constituido por tomos de protocolos notariales e índices de escrituras del año 1900 a la fecha, por tanto tienen un valor administrativo y legal e histórico. En la actualidad custodia un total de 1.8 kilómetros lineales de documentos.

En dicha institución se encuentra un área dedicada exclusivamente a los testamentos, sobre los cuales se lleva un control de gran importancia por la seguridad jurídica que garantiza y la certeza de que se respetará la voluntad del causante.

Se realizó un estudio de los testamentos ingresados del año 1990 al año 2006 del archivo nacional, que se muestra en el siguiente gráfico:



Al analizar el mismo se puede ver un aumento creciente cada año de las personas que optan por dejar sus bienes distribuidos por medio de un testamento, y lo realizan mediante la vía notarial.

Lo cual nos lleva a la conclusión que cada vez los testamentos son más utilizados por la población costarricense y que existe una institución la cual se encarga de salvaguardar datos e información fundamental para brindarle certeza y publicidad al testamento y definitivamente al causante de que su última voluntad va hacer respetada una vez fallecido.

Uno de los cuestionamientos más importantes que surge es sobre la funcionalidad real que implica un testamento, por lo cual claramente a lo largo del estudio del testamento, podríamos concluir en que contiene una gran influencia patrimonial, en el sentido de que el causante dispone de los bienes en favor de los herederos o legatarios, con el fin de favorecerlos económicamente, lo cual sería un acto de previsión.

La consecuencia más importante es que en el caso de la sucesión intestada la ley suple la voluntad del causante y designa una serie de herederos legítimos, sin embargo, en muchas ocasiones esta clase de sucesión no se resuelve fácilmente, ya que el trámite judicial es altamente engorroso y lento y provoca graves conflictos y problemas familiares al momento de adjudicar los bienes.

Lo más alentador es que se está incrementando en nuestro país esta figura jurídica, lo cual ayuda a que dichos problemas sean solucionados por una vía básicamente práctica y sencilla.

Además realizamos un pequeño muestreo entre los Juzgados Civiles del Primer Circuito Judicial de San José esto con el objetivo de analizar si los casos que entraban a los Juzgados Civiles contaban o no con testamentos.

Con la colaboración del Juzgado Primero Civil de Mayor Cuantía de San José, que nos permitió el ingreso para corroborar mediante la revisión de los expedientes activos de los procesos sucesorios, que de sesenta y nueve expedientes de procesos sucesorios: diecinueve cuentan con testamento y los cincuenta restantes expedientes no cuentan con testamento. Con lo cual se podría afirmar que es la minoría de sucesorios con testamento los que se tramitan en la vía judicial ya que como es sabido podría ser que estos cuentan

con situaciones especiales que ameritan un trato determinado como es el caso de menores de edad, discapacitados y/o que exista controversia o también cuando los herederos testamentarios lo decidan tramitar en sede judicial, sin embargo, lo anterior cambia con la propuesta de Código Procesal General en el cual se designa que solo las sucesiones con testamento en las situaciones especiales citadas anteriormente pueden ser tramitadas en sede judicial y las demás que no se encuentren en tales situaciones deben ser tramitadas en sede notarial. Con lo cual a nuestro criterio se verían menos abarrotados nuestros Tribunales agilizando en gran medida los demás procesos que se encuentran en trámite.

Además consultamos en la oficina de distribución de expedientes y nos afirmaron que dicha distribución la realizan proporcionalmente en todos los juzgados, por lo cual podríamos concluir que el panorama dentro de los restantes juzgados es muy similar al encontrado dentro del Juzgado Primero Civil de Mayor Cuantía de San José.

CAPITULO II: VACIOS EN NUESTRA LEGISLACION

Con respecto al testamento, como ya lo hemos definido, es una figura muy utilizada en nuestra actualidad, y es, en este capítulo donde trataremos temas de fundamental importancia y acordes con nuestra realidad jurídica, ya que como todos sabemos nuestra legislación no ha hecho reformas al respecto y a través de los años han surgido interrogantes y lagunas, por lo cual nos encargaremos de analizar varias de estas lagunas y esbozar una propuesta de reforma, para esclarecer algunos de los problemas que existen.

1. CASO DE LIMITACION A LA LIBERTAD DE TESTAR CON RESPECTO A GANANCIALES:

La primera interrogante es con respecto de los bienes gananciales ya que a pesar de que el artículo 595 de nuestro Código Civil, dispone respectivamente: *“El testador podrá disponer libremente de sus bienes, con tal de que deje asegurados los alimentos de su hijo hasta la mayoría de edad si es menor, y por toda la vida si el hijo tiene una discapacidad que le impida valerse por sí mismo; además, deberá asegurar la manutención de sus padres y la de*

su consorte mientras la necesiten. Si el testador omite cumplir con la obligación de proveer alimentos, el heredero solo recibirá de los bienes lo que sobre, después de dar al alimentario, previa estimación de peritos, una cantidad suficiente para asegurar sus alimentos. Si los hijos, los padres o el consorte poseen, al morir el testador, bienes suficientes, el testador no estará obligado a dejarles alimentos”.

Esta norma no establece que pasaría específicamente con respecto a los bienes gananciales, tampoco establece que pasaría en el caso de que el testador disponga de dichos bienes en su totalidad, por lo que se presenta la primera laguna a analizar.

Así mismo en nuestro Código de Familia en el artículo 41 a pesar de que indica expresamente qué son bienes gananciales y cuales bienes se constituyen como tales, no hace mención expresa sobre que pasa con aquellos bienes gananciales que han sido distribuidos por ejemplo en un testamento.

Nuestra jurisprudencia plantea que “en la familia subsisten una serie de relaciones jurídicas: el derecho y la obligación recíproca entre los cónyuges a la cohabitación, a la fidelidad, a la asistencia moral y material, a la colaboración en interés familiar, a la obligación de contribuir en conjunto al mantenimiento de la familia, a la conservación del patrimonio familiar, etcétera. Ellas merecen una especial tutela jurídica.” Por ello consideramos que se debe tutelar expresamente el derecho que se tiene sobre los bienes gananciales, esto para evitar conflictos e inconsistencias jurídicas.

Es importante primeramente determinar en que consisten los bienes gananciales el Voto N° 728, de las 10:10 horas, del 5 de diciembre del 2001 indica: “El calificativo de ganancial, en su filosofía y en el ordenamiento jurídico positivo, hace referencia a un determinado bien, adquirido durante la existencia del vínculo matrimonial, mediante el esfuerzo y la cooperación, reales y efectivos, de ambos cónyuges. En relación con su significado, se ha indicado que “bienes gananciales son todos aquellos adquiridos a título oneroso dentro del matrimonio, mediante el trabajo, el esfuerzo y la cooperación de ambos

cónyuges en su comunidad de vida y que han significado un aumento en el patrimonio de cada uno de ellos, respecto del que se aportó al constituirse el matrimonio. Observamos así que los bienes gananciales son aquellos que implican un aumento de capital, un acrecentamiento patrimonial, forjado mediante el esfuerzo común de los esposos.” Ese esfuerzo común de los cónyuges, se desprende de su colaboración no sólo en lo material, sino también en lo moral y en la entrega de ambos por ir, día con día, satisfaciendo las necesidades del hogar y debe partirse siempre, salvo prueba fehaciente en contrario, de que, ambos cónyuges, velan siempre y se esfuerzan, en la medida de sus posibilidades, por el mejoramiento de las condiciones de la familia; razón por la cual, se presumen gananciales los bienes que adquieran durante la vigencia de su unión matrimonial.”

En cuanto al problema específico de la disposición de bienes gananciales en el testamento el Tribunal Primero Civil de San José declaró en la sentencia 570 de las 08 horas 20 minutos del 04 de junio de 2003: “... el derecho a los gananciales constituye una limitación a la libertad de testar. El artículo 595 del

Código Civil establece, como regla general, la libre disposición de los bienes por el testador. No obstante, esa norma le exige dejar asegurados los alimentos a hijos, consorte y padres que lo necesiten. Otro límite, como se expuso, son los gananciales. El testador no puede disponer de ellos en el testamento a favor de terceras personas, pues le pertenecen por imperativo legal al cónyuge sobreviviente...”. Por ello el testador puede disponer libremente de sus bienes siempre y cuando no disponga de la mitad del valor neto de los bienes gananciales del cónyuge, sin embargo la legislación no nos da una solución si el testador omite esta disposición, y dispusiere de dichos bienes en su testamento, por lo tanto debe considerarse que a la hora de darle efectividad a ese testamento se le daría al heredero o legatario designado, solamente la mitad del valor neto de los bienes después de realizada la división de los gananciales, por ende la limitación no sería una limitación a la libertad de testar, sino únicamente a los efectos del testamento.

Por tales razones proponemos que en cuanto a los bienes gananciales el Código Civil debería incluir expresamente que si el testador dispone del bien

o bienes gananciales, sería solamente sobre la mitad que le corresponde y el heredero o legatario por ende recibirían lo que sobre después de realizada la división de los gananciales, por lo cual no sería motivo para nulidad ni del testamento ni de la cláusula testamentaria el disponer de los bienes gananciales, y por consiguiente tampoco como una limitación a la libertad de testar.

2. CASO DE LIMITACION A LA LIBERTAD DE TESTAR CON RESPECTO A LA OBLIGACION ALIMENTARIA:

Con respecto a este problema encontramos, que como ya ha sido tratada la figura de la libertad de testar en Costa Rica en capítulos anteriores y como también se ha mencionado en el artículo 595 de nuestro Código Civil, es importante analizar si realmente con este artículo se presenta o no una limitación a la hora de testar.

Básicamente este artículo que ya ha sido mencionado nos plantea que el testador se encuentra con la obligación de dejar asegurados los alimentos de los hijos menores de edad, los discapacitados, además de su consorte y padres en caso que lo necesiten, y muchos autores critican este aspecto básicamente por que consideran que limita nuestro sistema de libre testamentifacio.

Sin embargo consideramos que lo anterior no es así, ya que si el testador violando la limitación contenida en la ley respecto de los alimentos, dispone de todos sus bienes dejando en indefensión a los alimentarios y sus necesidades, el testamento no sería nulo, sino que, el heredero o legatario no recibirá sino lo que sobre del haber sucesorio luego de haberse reservado lo que se estime necesario para alimentar por todo el tiempo preciso, al hijo (discapacitado o menor), padres o consorte. “La acción que posee el alimentario perjudicado es una acción personal contra los herederos, pues la porción alimentaria se ha considerado como un crédito sobre el patrimonio del

causante. El alimentario no concurre a la sucesión en calidad de heredero, sino como un acreedor de la misma”¹. Por lo anterior llegamos a la conclusión que no existe una limitación a la libertad de testar sino más bien una limitación a la eficacia de las disposiciones testamentarias.

Y como bien lo señala Wilberth Arroyo, que desde el Derecho Romano, se ha pretendido proteger los alimentos de ciertos alimentarios por su relación familiar con el causante, pero que está muy lejos de ser, desde el punto de vista técnico jurídico, una legítima atenuada o una libertad limitada.

El artículo 595 básicamente es el principio rector del sistema sucesorio actual costarricense, que se resume en la existencia de la libertad testamentaria, o sea el derecho de que toda persona física disponga, libremente, por testamento de todos sus bienes. Un aspecto de gran relevancia es tener en cuenta que en el ámbito del derecho se goza de una

¹ SOLORZANO VEGA (Edgar), AVILA GONZALEZ (Fernando), El derecho a gananciales y el patrimonio familiar como limitaciones a la libertad de testar, Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, 1989, pág 21.

autonomía de la voluntad la cual se resume en poder hacer todo aquello que no está prohibido y en ese sentido libertad testamentaria es tener libre disposición por medio del testamento de todos mis bienes y derechos después de mi muerte. Y solo podría existir una limitación testamentaria donde se regule legalmente la legítima hereditaria, a lo cual se dice que sí es una limitación a la posibilidad de testar en parte de los bienes, pero la limitación absoluta o máxima sería la total prohibición de hacer testamento.

De todo lo anterior concluimos que como esta redactado actualmente el artículo 595 del Código Civil aunque podría inducir a una limitación parcial a la libertad de testar esto no es así, ya que a nuestro criterio dicho artículo proporciona una limitación sobre los efectos del testamento y no así sobre su libre voluntad de disposición. Por lo cual es necesario que se realice una correcta interpretación de dicho artículo o un cambio en cuanto a su redacción, para no caer en ningún tipo de confusión o contradicción.

3. CASO DE FALTA DE PRECISION EN LAS DISPOSICIONES

TESTAMENTARIAS:

Nos ocuparemos ahora de un tema ya tratado por el profesor Francisco Luis Vargas en el sentido que él señala que el heredero o legatario debe estar claramente definido ya que como lo tratamos en capítulos anteriores se le debe dar la atención necesaria a la figura del heredero, toda vez que es una parte fundamental de la sucesión testamentaria. Y como bien lo señala Brenes Córdoba “La persona del instituido debe ser cierta, definida, o al menos, estar designada de tal modo que a la muerte del autor de la sucesión, sea posible y fácil determinarla...”; pero se plantea un problema fundamental cuando nos encontramos en presencia de definir a quién deben entregarse los fondos o bienes designados por el testador cuando éste designa herederos en forma genérica o imprecisa, esto ocurre generalmente cuando se deja una parte o toda la herencia o legado a título de beneficencia sin especificar a una persona o personas determinadas. Inclusive en estos casos usualmente el testador designa al albacea para que indique a cuales herederos o legatarios en

particular se les va a dejar la herencia o legado, especificando el testador solamente nombres de instituciones o el número de beneficiarios.

Esto se ve claramente abstraído en la sentencia número 442-01 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia que plantea: “SOBRE LA VALIDEZ DE LAS DISPOSICIONES HECHAS A FAVOR DE INSTITUCIONES DE BENEFICENCIA: Manifiestan los accionantes que en la cláusula primera del testamento que se impugna se instituyen como beneficiarias a ciertas instituciones de beneficencia que se describen vagamente y que deben ser individualizadas según el criterio del juez y del albacea, lo que prohíben expresamente los artículos 577 y 578 del Código Civil. Reclaman la nulidad de dicha cláusula, debido a que, en la práctica, resulta imposible determinar a los eventuales beneficiarios. El A-quo estimó que no existe la imposibilidad señalada -criterio que fue compartido por el Tribunal-, en vista de que el propio testador estableció pautas claras que permiten la plena y fácil identificación de las instituciones que han de resultar beneficiadas. El recurrente encuentra que

ello viola las reglas de la sana crítica, pues, dejando de lado las consideraciones de tipo abstracto y ubicándose en el plano de la realidad, resulta imposible individualizar las instituciones que han de verse beneficiadas, pues para ello las entidades interesadas deben acreditar, mediante complejos y costosos estudios y auditorias, que necesitan los recursos y que se encuentran bien administradas, lo que implica un verdadero concurso que nadie sabe ni siquiera cómo convocar. Agrega que la cláusula objetada es confusa, porque por un lado habla de siete instituciones y luego de ocho, por lo que no es posible determinar a los beneficiarios cuando ni siquiera existe certeza sobre su número. Estima quebrantadas las siguientes normas: artículo 330, 370 y 371 del Código Procesal Civil y 577, 578, 835 y 836 del Código Civil. La cláusula cuestionada se redactó en los siguientes términos: *"(...)el resto de dicha venta se distribuirá por partes iguales a siete instituciones de beneficencia, dentro de los siguientes patrones, cuatro de ayuda a personas de tercera edad, dos de ayuda a niños huérfanos o abandonados, y dos de ayuda a personas inválidas, que demuestren con estudio bien realizado y las inspecciones y auditorajes necesarios, que efectivamente tienen necesidad y que se encuentran en buen*

manejo administrativo y que darán cuenta del empleo de las sumas que el juez o el albacea girará a cada una de ellas". El numeral 577 del Código Civil dispone: *"No puede hacerse testamento por procurador. Tampoco puede depender del arbitrio de otro, sea en cuanto a la institución o a la designación del objeto de la herencia o legado, sea en cuanto al cumplimiento o no cumplimiento de las disposiciones"*. Por su parte, el 578 ídem establece: *"No vale la disposición que depende de instrucciones dadas o de recomendaciones hechas secretamente a otro, o que se refiere a documentos no auténticos, o que sea hecha a favor de personas inciertas y que no pueden llegar a ser ciertas y determinadas"*. Como acertadamente lo resolvieron los juzgadores de instancia -cuyos razonamientos esta Sala comparte y evita repetir para no incurrir en tediosas reiteraciones-, la cláusula en entredicho no violenta las normas transcritas, por lo que no procede declarar su nulidad. En primer lugar, al juzgador o al albacea simplemente les corresponde individualizar (previa comprobación de los requisitos fijados por el "de cujus") las instituciones que han de beneficiarse con las disposiciones de última voluntad del causante, las cuales fueron instituidas como tales por el propio testador, respetándose de

ese modo el carácter personalísimo que reviste el acto de testar. Por otro lado, lo que se prohíbe son las disposiciones a favor de personas inciertas y que no puedan llegar a ser ciertas y determinadas, es decir, se trata de una imposibilidad absoluta -y no una mera dificultad- en su identificación, lo que no sucede en el caso concreto, donde ni siquiera se hace necesario convocar a un complejo concurso, como lo entiende el impugnante, sino que basta contactar a algunas instituciones de beneficencia que se dediquen al cuidado de personas ancianas, huérfanas o inválidas para que éstas demuestren, por sus propios medios, que necesitan los recursos y que se encuentran bien administradas, sin que presente mayor importancia el procedimiento de selección que en definitiva se utilice, pues independientemente de que existan varias potenciales beneficiarias y que alguna de éstas pueda sentirse injustamente excluida, lo relevante es que, escogiéndose a cualquiera de ellas, cabe tener por cumplida la voluntad del causante. Distinto hubiese sido si el occiso le hubiese dejado sus bienes a los “huérfanos” o a los “inválidos”, en términos generales, pues, ahí sí, sería imposible su determinación. Por último, la discordancia señalada en cuanto al número de instituciones beneficiarias, obedece a un evidente error

material (donde dice “siete” debió ponerse “ocho”), que no tiene la virtud de invalidar la cláusula, pues en definitiva se trata de ocho instituciones, según fueron claramente desglosadas por el propio testador.”¹

Uno de los casos de gran controversia fue una sentencia del Tribunal Superior Civil la número 674 de las 8 horas, 40 minutos del 1 de agosto de 1978, donde se aceptó una disposición testamentaria donde se designó como legatarios a personas indeterminadas y además se dejaba al albacea elegir al beneficiario específico. El texto completo indica:

“Sucesión de Emelina Bolaños Osorno seguida ante el Juzgado Segundo Civil de San José, en virtud de apelación interpuesta por el apoderado especial judicial del albacea provisional, conoce el Tribunal del auto de las quince horas del quince de junio pasado, que ordena girar al Patronato Nacional de la Infancia un legado por la suma de cien mil colones.-Redacta el Juez González y CONSIDERANDO: I Que efectivamente, en el testamento

¹ SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto número 442-01. San José a las nueve horas cincuenta minutos del tres de agosto del dos mil uno.

otorgado por la causante dona Emelina Bolaños Osorno, ante el Notario licenciado don Víctor Manuel Peralta Aguilar, mediante escritura de dieciséis horas del diez de diciembre de mil novecientos setenta y cinco, designa albacea propietario definitivo, a su hermano don Orlando Alberto Bolaños Osorno, a quien igualmente, por la cláusula primera, instituye como único y universal heredero . Luego, dentro de ese testamento en la sección que se denomina LEGADOS, la testadora expresa su última voluntad, en lo que a la especie interesa, en estos términos: “deja un legado por un valor de cien colones para una institución de niños huérfanos o de otros niños necesitados de ayuda con la finalidad de que mi Albacea disponga la forma más conveniente de acuerdo también con la autoridad de la Institución que estuviere a cargo del Asilo que se disponga ayudar, a criterio de mi albacea.-Lo anterior CON EL ASESORAMIENTO DEL PATRONATO NACIONAL DE LA INFANCIA.- Quedando ampliamente mi Albacea autorizado para disponer en la forma más conveniente este legado.-”.- De lo anterior se desprende claramente que la voluntad de la causante, sobre el particular , fue la de dejar un legado de cien mil colones, para una institución de niños huérfanos o de

otros infantes que necesiten ayuda, autorizando al albacea para decidir lo pertinente, en orden a disponer ese legado, de acuerdo con la autoridad rectora o directora, de la Institución que se dispusiere ayudar, SEGÚN CRITERIO DE ALBACEA.- En todo caso, con el “asesoramiento del Patronato Nacional de la Infancia”, sin duda alguna, por ser la Institución directora y rectora, en el país, en forma amplia y general, en todo lo relativo al niño y a las instituciones referentes a los mismos.- Finalmente, la testadora deja ampliamente autorizado al albacea, para disponer en la forma más conveniente el dicho legado.- De otro lado, con la autorización de que goza al intestado, dada expresamente por la testadora, a fin de cumplir su última voluntad, el albacea señor Bolaños Osorno, por medio de su apoderado en juicio, mediante el escrito visible al folio quince, manifiesta: “Que en cuanto al legado por los niños huérfanos y otros niños necesitados, es voluntad del albacea-se repite, con la base en la amplia autorización dada por la testadora-que dicho legado se le asigne al Patronato Nacional de la Infancia, por lo que solicito se le tenga como tal en la declaratoria de herederos”.-Como se advierte el albacea claramente expresa en dicho memorial, por medio de su apoderado judicial, que como

estaba autorizado debida y ampliamente por la testadora, a los fines de disponer del legado de cien mil colones para los niños huérfanos u otros niños necesitados de ayuda, considera que debe ser entregado al Patronato Nacional de la Infancia.-Es lógico y natural, supuesto, se repite, que dicha Institución es la rectora, directora y administradora en el país, de las distintas entidades que se refieren al niño. II.- Que siendo la expuesta la situación jurídica de autos, referente al legado de que se hace mérito, no se ve razón alguna que impida girar el monto del mismo al Patronato Nacional de la Infancia, mayormente si el propio albacea autorizado expresamente por la testadora, así lo había expresado en forma clara, y con lo cual, además, queda cumplida la última voluntad de la causante, sobre el particular.-No queda entonces otra alternativa, que mantener el auto en alzada.-Por tanto: Se confirma el auto apelado.-“

Con respecto a lo anterior, el problema que detecta don Alberto Brenes Córdoba es que: “... el inconveniente no desaparece por nuestro Derecho, con que el testador agregue al consignar un legado de este género: “a disposición

de mi albacea”, dado que no es lícito dejar a otra persona encargo de designar al heredero o legatario.”¹ Ya que el artículo de nuestro Código Civil indica que: “No puede hacerse testamento por procurador. Tampoco puede depender del arbitrio de otro, sea en cuanto a la institución o a la designación del objeto de la herencia o legado, sea en cuanto al cumplimiento o no cumplimiento de las disposiciones.”

Sin embargo la legislación mexicana le encuentra solución a dicho inconveniente expresando que “cuando el testador deje como herederos o legatarios a determinadas clases formadas por número ilimitado de individuos tale como los pobres, los huérfanos, los ciegos, puede encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje para ese objeto y la elección de las personas a quienes debe aplicarse.”²

En conclusión y el aspecto fundamental acá es que en caso de duda, lo más importante es realizar un análisis de cual fue la verdadera voluntad del

¹ BRENES CORDOBA, op. Cit, pág 362 y sig.

² ROJINA VILLEGAS (Rafael), Derecho Civil Mexicano, tomo cuarto, cuarta edición, pag. 68.

causante y dicha voluntad ejecutarla, como en los ejemplos anteriormente expuestos. Lo cual resolvería el problema o la laguna existente en los casos de hallarse algún tipo de imprecisión o indeterminación por parte del causante, y lograr así respetar su última voluntad sobre todo si se refiere a actos de ayuda o beneficencia.

4. CASO DE PRESCRIPCION DEL TESTAMENTO:

La prescripción es un instituto jurídico por el cual el transcurso del tiempo produce el efecto de consolidar las situaciones de hecho, permitiendo la extinción de los derechos o la adquisición de las cosas ajenas. En el Derecho anglosajón se le conoce como estatuto de limitaciones (*statute of limitations*).

En muchas ocasiones la utilización de la palabra prescripción en Derecho se limita a la acepción de prescripción extintiva o liberatoria, mediante la cual se pierde el derecho de ejercer una acción por el transcurso del tiempo.

Es importante reconocer que para todo acto jurídico es necesario un plazo de prescripción de la acción o derecho, toda vez que es indispensable para brindar seguridad jurídica a dichos actos, ya que el tiempo lleva a la consolidación de ciertos derechos o a la pérdida de los mismos. Por ello creemos necesario que la reclamación de la herencia dispuesta por un testamento o sin él contenga un plazo de prescripción, siendo que en nuestra legislación no existe ningún tipo de prescripción referida a dicho tema.

Uno de los supuestos que nos indica el profesor Francisco Luis Vargas, nos resalta la importancia del instituto de la prescripción en materia testamentaria:

“Creemos necesario una vez mas hacer mención de la doctrina del acto inexistente a los efectos de impedir que un acto como el que nos ocupa pudiere llegar a alcanzar vigencia, purgando el vicio, por el transcurso de la prescripción decenal prevista para todo acto absolutamente nulo en nuestro medio... Pero desde luego que acá dicho plazo, si se estima posible que el testamento absolutamente nulo pudiera llega a ser valido purgando el vicio en tal forma,

debería empezar a computarse desde el momento de la muerte del testador y no desde el momento del otorgamiento del acto, toda vez que el testamento esta supuesto a cobrar vigor a la muerte de aquel. Una cosa tal no es posible que ocurra en el sistema mexicano, pues si los herederos se sintiesen tentados frente a un testamento nulo, a pesar que transcurrieran los diez años, se encontrarían que en el mismo momento en que prescribe el vicio también prescribe su derecho a reclamar herencia, habiendo señalado la ley también diez años para ello:

“No obstante que la nulidad absoluta del testamento en cualquier tiempo se puede invocar... la ley fija un termino para reclamar la herencia, y ese termino es de diez años (acción de petición de la herencia). De manera que no tendría interés para los presuntos herederos dejar pasar ese termino después de la muerte del testador, por que aun cuando pudiesen impugnar el testamento como nulo después del plazo indicado, esta nulidad no les beneficiaría, ya que el termino para reclamar la herencia habría transcurrido...”. En cambio, en nuestro derecho no se establece plazo alguno para aceptar la herencia, pudiendo reclamarse en cualquier momento mientras lógicamente no hubieren terceros

adquirido los bienes del causante por prescripción adquisitiva- también con plazo de diez años.”¹

La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en sentencia número 228-95 establece a partir de que momento un heredero puede alegar la revocación de un testamento y el plazo de prescripción para hacerlo, dicha sentencia dicta lo siguiente: DECURSO DEL PLAZO DE LA PRESCRIPCION: Concluido que el plazo de la prescripción que nos ocupa es de diez años, resulta indispensable determinar a partir de qué momento corre el plazo decenal ya dicho, si a partir del otorgamiento del testamento o a partir de la muerte del causante. "En términos generales la prescripción corre desde el día en que pudo haberse hecho valer el derecho o bien, lo que es lo mismo, desde que la acción o derecho haya nacido". (PEREZ VARGAS, Víctor. DERECHO PRIVADO, San José, Publitex S.A., 1988, p. 199). A partir de qué momento un heredero puede alegar contra o a favor de un testamento, considera el suscrito que es a partir de la muerte del causante, toda vez que antes de eso, lo que tiene es una simple

¹ VARGAS SOTO, Francisco Luis, Manual de Derecho Sucesorio Costarricense, Editorial Investigaciones Jurídicas, 1946, Pág. 382-383.

expectativa de derecho, que se puede esfumar con solo que el testador cambie su disposición de última voluntad, por lo que no tendría derecho, legitimación activa ni interés actual para reclamarlo judicialmente. Por el contrario, una vez muerto el de cujus, es cuando el acto de última voluntad empieza a generar plenos efectos jurídicos y es cuando afecta a los eventuales herederos de su signatario. Entonces, es a partir de ese momento que puede atacarse el testamento. Al respecto se ha dicho: "Sea la invalidez que sea, el testamento no puede atacarse sino muerto el testador, que es cuando está llamado a desplegar eficacia. Y éste no puede prohibir que se impugne por las causas de invalidez que la ley fija..." (ALBALADEJO, Manuel. INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL, ed. Bosch, Barcelona, 1975, t. II, 2 ed., p. 650, citado por VARGAS SOTO, Francisco Luis. MANUAL DE DERECHO SUCESORIO COSTARRICENSE, Litografía e Imprenta Lil, 1981, t. I, primera edición, p. 200). Lo anterior en razón de que la eficacia jurídica del testamento está suspendida y sujeta a un plazo incierto como es la muerte del causante: antes de tal evento, no produce efecto jurídico alguno (salvo algunas excepciones como reconocimiento de hijos o renuncia a bienes gananciales). Entonces el plazo decenal que ya se ha citado,

correría a partir de la muerte del causante, cuando el testamento puede producir sus efectos jurídicos y los derechohabientes tienen posibilidad de alegar contra él.

A pesar de que la anterior jurisprudencia expuesta nos especifica un punto muy importante como lo es el plazo y el momento de prescripción para que los herederos o terceros interesados puedan solicitar la revocación del testamento; no nos indica el plazo de prescripción para que un heredero o interesado pueda reclamar la herencia, y así tampoco nos lo indica nuestro Código Civil; opinamos que es importante incluir una norma que especifique un plazo de prescripción para hacer la reclamación de la herencia, esto para evitar posibles fraudes o situaciones irregulares que causen inseguridad jurídica.

CAPITULO III: INNOVACIONES CON RESPECTO AL TESTAMENTO:

1. FIDEICOMISO TESTAMENTARIO:

Cómo una de las innovaciones tenemos la figura del fideicomiso testamentario la cual es una figura sumamente nueva en nuestro país, pero no así en otros países por lo cual es necesario primeramente analizar un poco sus antecedentes.

Los estudiosos del tema han ubicado el antecedente más remoto de la figura contractual en Roma. La misma fue evolucionando con el tiempo y perfeccionándose en Alemania, Inglaterra y Estados Unidos de Norteamérica, pudiéndose afirmar que estas dos últimas naciones son los padres del fideicomiso moderno.

Específicamente "en cuanto al "fideicomiso testamentario" era utilizado cuando el testador no podía heredar a una persona por no tener los ligámenes

familiares exigidos en esa época (testamentifacio), por lo que encargaba a su heredero (llamado fiduciario) que ejecutara su voluntad dando los beneficios que él le indicase. Al beneficiado se le denominaba fideicomisario y el testador para incorporar esta institución en su testamento utilizaba las expresiones "rogó, fideicomitto". Inicialmente el cumplimiento de esa "voluntad testamentaria" quedó al arbitrio totalmente del "heredero-fiduciario", por lo que constantemente se daban incumplimientos de la misma, hasta que el emperador Augusto consideró que instituciones como ésta eran merecedoras de una tutela bien organizada, y dispuso -casi al mismo tiempo que creó el "praetor fideicommissarius"- que obligaría a que se cumpliera con lo indicado por el testador, cuando las causas que motivasen al "heredero" a no cumplir fuesen evidentemente incorrectas.

La institución fue evolucionando a tal punto de reconocer derechos especiales en favor de los fideicomisarios, y llegó éste a obtener un derecho real, no de crédito como antes, sobre los bienes del fideicomiso, por cuanto podía pedir su restitución en la fecha que se hubiese señalado, aún en contra

de terceros poseedores de buena fe. Este fideicomiso testamentario fue tomando tal auge, que poseyó regímenes jurídicos muy bien definidos, llegándoseles a conocer con el nombre de "substituciones fideicomisarias", hasta que Napoleón, por haber este mecanismo concentrado grandes riquezas en muy pocas manos, lo prohibió."¹

En cuanto al concepto del Fideicomiso se entiende como el contrato por el cual una de las partes (fiduciante) transmite la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra persona (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de un tercero (beneficiario) y al cabo de un plazo o condición transfiera la propiedad al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.

La esencia del fideicomiso radica en transmitir la propiedad de una cosa a una persona, para que éste la transmita a un tercero.

¹ <http://www.gracielamedina.com/archivos/articulos/pdf/000016.pdf>.

El concepto legal lo podemos encontrar en el artículo 633 de nuestro Código de Comercio, cuando dice: "por medio del fideicomiso el Fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de bienes o derechos; el fiduciario queda obligado a emplearlos para la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constitutivo".

La concepción doctrinaria la podemos tomar del autor Raúl Cervantes Ahumada que lo define como "un negocio jurídico por medio del cual el Fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario, para la realización de un fin determinado".¹

Parte de lo dispuesto por el numeral 634 del mismo cuerpo legal es susceptible de transmisión por fideicomiso: "Pueden ser objeto de fideicomiso toda clase de bienes o derechos que legalmente estén dentro del comercio...".

¹ CERVANTES AHUMADA (Raúl), " Títulos y Operaciones de Crédito", Novena edición, pág. 53.

Desde el punto de vista eminentemente jurídico los bienes en general son concebidos como "... todas las cosas, corporales o no, que pueden constituir objeto de una relación jurídica, de un derecho, de una obligación, o de uno y otro a la vez", y los derechos debemos de ubicarlos dentro del plano subjetivo diciendo que "... constituye la facultad, poder y potestad individual de hacer, elegir, o abstenerse en cuanto a uno mismo atañe, y de exigir, permitir o prohibir a los demás, ya sea su fundamento natural, legal, convencional o unilateral...".

Tenemos entonces como primer punto de conclusión, que únicamente "bienes o derechos" pueden ser objeto de traslación fiduciaria, sin embargo, la ley exige que reúnan la condición de estar "dentro del comercio". Existen bienes o derechos que por su naturaleza o por disposición de la ley son inalienables.

Básicamente en los artículos 635 y 636 del Código de Comercio se especifica claramente como deben constituirse los fideicomisos: "El fideicomiso

se constituirá por escrito, mediante acto entre vivos o por testamento...". "El fideicomiso de bienes sujetos a inscripción deberá ser inscrito en el Registro respectivo. En virtud de la inscripción el bien quedará inscrito en nombre del fiduciario en su calidad de tal".

De las disposiciones anteriores podemos concluir que las siguientes deben de ser las formas de constitución:

1) El fideicomiso debe constituirse por escrito, quedando al arbitrio de las partes el hacerlo a través de escritura pública o por documento privado.

2) Cuando los bienes que se están traspasando son inmuebles o hipotecas comunes, en virtud de los artículos 450, 459, 464 del Código Civil que literalmente enuncian: "Artículo 450: Sólo pueden inscribirse los títulos que consten de escritura pública, de ejecutoria o de otro documento auténtico, expresamente autorizado por la ley para este efecto".

"Artículo 459.- En el Registro de Propiedad se inscribirán:

1. Los títulos de dominio sobre inmuebles... "

"Artículo 464.- En el Registro de Hipotecas se inscribirán los títulos en que se constituya, modifique o extinga algún derecho de hipoteca".

3) Cuando estamos ante certificados de prenda que son traspasados en fideicomiso, ese traslado, según los artículos 554 y 556 del Código de Comercio, deberá inscribirse en el Registro General de Prendas, aunque no otorgarse en escritura pública. "Artículo 554.- El contrato de prenda, así como sus modificaciones, prórrogas, endosos nominativos o cesiones, novaciones, cancelaciones totales o parciales, o cualquier otro acto jurídico que con él tenga nexos, deberá constar por escrito. Deberá inscribirse en el Registro únicamente en los casos en que la prenda se mantenga en poder del deudor..."

"Artículo 556.- (...) El endoso debe ser notificado al deudor e inscrito en el Registro de Prendas..."

4) En los casos en que el fideicomiso se constituya en documento privado, sí es necesario-en nuestro concepto- en aplicación del artículo 742 inciso 3) del Código Civil ponérsele razón de fecha cierta. "Artículo 742.- La fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros, sino desde que se verifique uno de los hechos siguientes: (...) 3) La presentación del documento ante un Cartulario, a fin de que se autentique la fecha en que se presenta".

Los anteriores son los requisitos de índole formal que deben de reunir los fideicomisos; en cuanto a los requisitos de fondo (elementos esenciales y de validez) debemos afirmar que le son aplicables los mismos de cualquier otro negocio jurídico.

El objeto del fideicomiso son los "bienes o derechos" que el Fideicomitente traspasará al fiduciario para que éste los emplee para los fines

lícitos y predeterminados en el acta constitutiva del fideicomiso, "Artículo 633 del Código de Comercio: Por medio del fideicomiso el Fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de los bienes o derechos; el fiduciario queda obligado a emplearlos para la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constitutivo".

Bien afirma Rodolfo Batiza que "debe mantenerse con cuidado la distinción entre objeto y patrimonio y fin del fideicomiso, términos que con frecuencia se emplean como sinónimo, sin serlo. El objeto consiste en la cosa que es materia del fideicomiso, en tanto que el fin es el resultado que se persigue con su constitución"

Según el artículo 634 del Código de Comercio: Pueden ser objeto de fideicomiso toda clase de bienes o derechos que realmente estén dentro del comercio. Los bienes fideicometidos constituirán un patrimonio autónomo apartado para los propósitos del fideicomiso".

Así mismo según el artículo 652.- Salvo autorización expresa del Fideicomitente, los bienes fideicometidos no podrán ser gravados. No obstante, la prohibición expresa del Fideicomitente, el juez puede autorizar la fiduciaria para gravar bienes, cuando se comprueben situaciones de emergencia que hagan indispensable la obtención de fondos...". "Artículo 660.- Si en el acto constitutivo del fideicomiso se señalare a quién, una vez extinguido aquel, deben trasladarse los bienes, así se hará. Si no se dijere nada, serán devueltos al Fideicomitente, y si este hubiese fallecido la entrega será hecha a su sucesión".

A parte de lo anterior es importante mencionar que tipo de fideicomisos se encuentran prohibidos por nuestra legislación. El artículo 661 del Código de Comercio prohíbe los siguientes fideicomisos:

a) "Los fideicomisos con fines secretos". La finalidad del fideicomiso es uno de sus elementos importantes, debiendo ser en principio lícito, posible y determinado, además de no ir en contra de la moral y las sanas costumbres

(artículo 633 Código de Comercio, artículo 2 del Código Civil). Sus efectos derivan de la misma ley y del acto constitutivo, por lo que el fin debe ser concreto y claramente señalado en el mismo, de ahí que en la medida en que sus fines sean "secretos" el fideicomiso será prohibido y consecuentemente nulo.

b) "Los fideicomisos en los que el beneficio se conceda a diversas persona que sucesivamente deben sustituirse por muerte de la anterior, salvo el caso en que la sustitución se realice en favor de personas que, a la muerte del Fideicomitente, están vivas o concebidas ya". La idea es no permitir que se den fideicomisos sucesorios permanentes.

c) "Los fideicomisos cuya duración sea mayor de treinta años, cuando se designe como fideicomisario a una persona jurídica, salvo si esta fuere estatal o una institución de beneficencia, científica, cultural o artística, constituida con fines no lucrativos., y..."

d) "Los fideicomisos en los que al fiduciario se la asignen ganancias, comisiones, premios u otras ventajas económicas fuera de los honorarios señalados en el acto constitutivo..."

Específicamente el fideicomiso testamentario existirá cuando una persona (causante-fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (sucesor fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designa en el testamento (beneficiario) y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al beneficiario o al fideicomisario.

Es importante dentro de este tema mencionar la diferencia entre el fideicomiso sucesorio y la sustitución fideicomisaria, ya que llegan a confundirse, para lo cual primeramente es fundamental esbozar el concepto de sustitución fideicomisaria: “Hay sustitución fideicomisaria cuando una persona es llamada a la herencia a continuación de otra es decir cuando el testador pretende darle un heredero a su heredero.”¹ Habrá sustitución fideicomisaria cuando se le imponga un sucesor a un heredero, pero no la habrá si se lega un bien determinado en calidad de fideicomiso, para que el legatario- fiduciario lo administre en beneficio de un tercero y al cabo de un

¹ <http://www.graciamedina.com/archivos/articulos/pdf/000016.pdf>.

plazo o condición (diferente a la muerte) la transfiera al beneficiario o al fideicomisario.

En nuestra legislación el fideicomisario debe ser tenido como un sucesor del fideicomitente, y por lo tanto la capacidad para recibir esta relacionada con el fideicomitente y no con el fiduciario.

En el fideicomiso testamentario, el fideicomisario es un sucesor a título particular del causante que va a recibir la propiedad después de vencido un plazo o cumplida una condición, pero para recibirla va a tener que tener la capacidad necesaria con respecto a la persona del testador para recibir por testamento.

“Por medio de un fideicomiso con cláusula de eficacia mortis causa o bien puede constituirse por testamento un administrador de bienes fideicometidos que tendrá por obligación rendir los frutos de ese fideicomiso aun heredero o legatario del causante-fideicomitente. Si bien es cierto

desplaza en forma las normas del proceso sucesorio del Código Civil y Procesal Civil, economiza el proceso y acelera los resultados del mismo, sin contravenir dicho articulado; tampoco viene a sustituir el mismo, sino que presenta una nueva opción.”¹

Como el fideicomiso testamentario ha sido instaurado en un régimen sucesorio de orden publico, su implementación debe coordinarse con el mismo. Y para que el fideicomiso sea válido debe respetar, aquellos principios que son inmodificables por la voluntad de las partes.

“Puede ocurrir dentro del fideicomiso testamentario que se constituya un fideicomiso en favor de una de las personas que el código considera incapaces de suceder, por ejemplo en favor del notario que actuó en el testamento o de los testigos, en dicho caso dicho fideicomiso sería nulo.

¹ RODRIGUEZ CHACON, (Cynthia), El Fideicomiso Testamentario: su realidad práctica, Tesis para optar por el título de licenciado(a) en derecho, 1998, pág 96

El fideicomiso testamentario tiene como objeto muchas veces vulnerar el régimen de incapacidades para suceder. El problema se presenta cuando el fideicomiso es oculto o cuando la institución de heredero encubre un fraude. El fideicomiso que vulnera las incapacidades para suceder es nulo de nulidad relativa.”¹

A manera de conclusión consideramos que dicha figura es sumamente importante y útil ya que cuando una persona muere sin dejar testamento sus herederos deben atravesar el proceso de demostración de lazos familiares y repartición de bienes entre parientes de acuerdo con la ley. Aun con un testamento se requerirá de un proceso que generará altos costos al trámite anterior a que los herederos reciban lo que se les ha legado. Lo cual llega a ser sumamente complicado y costoso, por lo cual es necesario implementar dicha figura como una forma de solventar o bien reparar dichos problemas.

¹ <http://www.gracielamedina.com/archivos/articulos/pdf/000016.pdf>

Al analizar las ventajas y la importancia que con lleva el fideicomiso testamentario creemos fundamental que sea regulada dicha figura expresamente en nuestra legislación, ya que actualmente a pesar de que el fideicomiso testamentario es utilizado por muchas entidades bancarias no se cuenta con las disposiciones necesarias y por ende se deben aplicar las disposiciones generales del fideicomiso siendo en realidad un tema o materia distinta.

2. TESTAMENTO INTERNACIONAL:

El testamento internacional es aquel que “el testador entrega a un notario en presencia de dos testigos instrumentales. El testamento deberá ser firmado por el testador, el notario y los dos testigos y ser anexado a una certificación redactada por el notario que se encargará de su conservación. Se recomienda este tipo de testamentos cuando existe un elemento extranjero ya sea de parte del testador, de los herederos o entre los bienes. Al fallecer el

testador, el notario extiende un acta de apertura y del estado del testamento.

De igual manera que para el testamento ológrafo, el notario deposita en el plazo de un mes una copia del acta, el testamento y la declaración en la secretaría del tribunal de primera instancia en cuya jurisdicción se abre la sucesión.”¹

El principal objetivo del Derecho internacional privado en materia sucesoria es la coordinación de la armonía que cada ordenamiento interno alcanza entre:

- La voluntad del causante; y
- La necesaria protección de la familia y de la seguridad del tráfico jurídico.

En Derecho Internacional Privado, la materia de sucesión, presenta especial análisis, en virtud de que toca aspectos de orden público, tales como, la organización de la propiedad y la familia, la capacidad para transmitir y suceder, la competencia de los tribunales, e implica además, aspectos

¹ www.diplomatie.be/havana/posts/es/services/notarydetail

ubicados en la esfera privada, como la facultad de disponer de los bienes por acto de última voluntad.

Ante lo cual, suele presentarse un conflicto de leyes, esto ante la disgregación de la relación jurídica, además, es una cuestión prejudicial que debe resolverse antes de fallar el fondo del asunto, por lo que, el establecer la legislación que rija las sucesiones, es un problema práctico, porque la legislación de cada país, le brinda un tratamiento particular. Este tratamiento puede ser:

- Un *sistema territorialista absoluto o pluralidad sucesoria*, es decir, pretende que la sucesión de cada bien se rija por la ley de su situación.

- Un *sistema de diferenciación entre muebles e inmuebles o mixto*, según el cual, los inmuebles se rigen por la ley de su situación, pero los bienes muebles deben regirse por la ley del domicilio del causante

- O un *sistema personalista o unidad sucesoria*, esto es, la ley que debe regir las sucesiones es la ley personal del causante, es decir, la ley personal será fijada por la nacionalidad o por el domicilio, todo ello depende de la

orientación que los Estados asuman, pues, cada Estado organiza el régimen sucesorio, con base en su propio interés económico y político, dificulta en algunas ocasiones, una coexistencia entre legislaciones, respecto a la elección de la normativa aplicable al caso concreto.

Un ejemplo claro de lo anterior en cuanto a divergencia de legislación y conflicto de leyes aplicables es el siguiente: el caso de una familia de origen inglés con hijos legítimos, que viven en Italia y poseen una gran fortuna, parte de ella en bienes inmuebles situados en un lugar que esta regido por la ley francesa, adoptan a un niño llamado José conforme a la legislación hindú este hijo adoptivo muere habiendo procreado a un hijo legítimo. El padre adoptivo muere en 1925 con un testamento realizado ante notario de las Indias francesas sin incluir al hijo legítimo de José, quien mediante su madre impugna el testamento apoyándose en la validez de la adopción y en la producción de derechos hereditarios de la misma, en contraparte alegan la invalidez de la adopción por virtud de que al realizarla el adoptante tenia hijos legítimos. La Corte de Casación Francesa aplica la ley francesa en virtud de los inmuebles

sin importa el estatuto personal de las partes (en el caso concreto la ley hindú), por lo que la adopción no surte efecto por que la ley francesa marca que la adopción no es valida ya que al momento de la misma existían hijos legítimos. En este caso de la cuestión previa que es la adopción aplica la ley de la cuestión principal que son los derechos de sucesión.

También podrían darse disconformidades a la hora de buscar un significado en alguna lengua extranjera del cual se vea afectado un testamento ya que para definir los términos empleados en la norma de Derecho Internacional Privado de acuerdo con un determinado ordenamiento jurídico, precisa su significado o extensión, supone la traducción en conceptos jurídicos de una realidad social.

Se habla de calificación cuando hay que precisar el alcance de una prohibición de utilizar cierta forma de testar, cuando se discute los derechos del Estado sobre una herencia vacante o cuando se trata de precisar el alcance de la indignidad, entre otros.

El problema de las calificaciones consiste en la pregunta por el ordenamiento jurídico llamado a definir en último lugar los términos empleados en la norma indirecta, ya que toda norma jurídica hace uso de términos y respecto a cada norma los términos necesitan una definición. Pero mientras toda norma directa suele hallarse inserta en un ordenamiento jurídico relativamente autónomo que le proporciona la recta interpretación, la norma indirecta se encuentra en numerosos derechos privados y enclavada en un ordenamiento lleno de lagunas.

La calificación tiene como misión definir los conceptos utilizados, aclarar el sentido de las expresiones técnico-jurídicas de que se sirve la norma de colisión.

En Derecho Internacional hay diversas teorías de la calificación, entre ellas vamos a resaltar las siguientes:

■ Calificación de acuerdo con la *lex fori*: dice que el ordenamiento jurídico competente para calificar es el derecho civil del juez que conoce el conflicto.

Se sostiene que el legislador al declarar competente una ley extranjera restringe la aplicación de sus reglas internas, por ello la definición de los términos de la norma indirecta debe ser la dada por la ley del juez. La determinación del derecho extranjero aplicable a una relación jurídica supone la previa identificación de la ley competente, pero para ello debe calificarse la relación y esa función incumbe a la *lex fori*.

■ Calificación de acuerdo con la *lex causae*: la calificación debe ser dada por la ley competente para regir la relación jurídica, pero se critica que esta teoría determina un círculo vicioso ya que es necesario previamente calificar la relación jurídica para determinar la ley competente, siendo que la *lex causae* puede remitir a otro derecho por lo cual tampoco es definitiva.

Un ejemplo de un caso de calificación es el siguiente: un holandés otorga en Francia testamento ológrafo, cuya validez se discute más tarde en el tribunal francés, el Código Holandés prohíbe el otorgamiento de testamentos ológrafos

en Holanda y los prohíbe igualmente a los holandeses en el extranjero. Si esta prohibición se refiere a la forma testamentaria, la forma se rige por el derecho francés permitiendo el testamento, pero si en cambio el mencionado precepto restringe la capacidad de testar de los holandeses el testamento no es válido ya que se encuentra prohibido de acuerdo con la ley holandesa.

Otro de los problemas que presenta el Derecho Internacional Privado es en cuanto a la discrepancia en el orden público, costumbres y la moral de cada país inserta en su respectiva legislación. La noción de orden público resiste toda tentativa de definición y demarcación de contornos, se trata de la no aplicación de la ley extranjera que debería ser aplicada, por incompatibilidad de esta ley con los principios fundamentales de la ley del foro, pero en todos los países la cuestión se encuentra confiada a la apreciación arbitraria del juez.

La existencia del orden público en el derecho internacional privado es tal vez el único particular en esta ciencia sobre el que todos los autores están de acuerdo. Tanto es así que AUBRY llegó a decir que el orden público cumplía

en el derecho internacional privado la misma función que los nervios en la medicina: la de explicar todo lo que uno no sabe o no quiere explicar¹.

Prácticamente el derecho sucesorio es uno de los mas propicios a la invocación del orden publico, puede resultar que un Estado de mentalidad conservadora se encuentra que su sistema le hace correr el riesgo de tener que aplicar legislaciones extranjeras que discrepan en la apreciación de problemas como el régimen de la familia, el sistema de la propiedad, entre otros, entonces tiene lugar la invocación constante del orden publico, que tiene una motivación diferente en algunas ocasiones puede ser la seguridad jurídica, la estabilidad social, la protección a terceros, etc.

La aplicación del orden público produce siempre un doble efecto: elimina el derecho extranjero nocivo y lo sustituye por derecho inofensivo.

¹ SIMO SANTONJA, Vicente Luis. Derecho sucesorio comparado. España, Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1968, Pág. 141.

En el Código Bustamante se da rango de orden publico internacional a las reglas en cuya virtud los derechos de la sucesión de una persona son adquiridos desde el momento de su muerte (artículo 141), las disposiciones que prohíben los testamentos mancomunados y ológrafos (artículo 144), las reglas sobre las formas de los testamentos privados y sobre la nulidad de los testamentos redactados bajo la violencia, el dolo o el fraude (artículo 145), las disposiciones relativas a la forma de los testamentos con excepción de las relativas a los testamentos redactados en el país extranjero y a los testamentos de soldados y marinos en el caso de que sean otorgados fuera de su país (artículo 146), las disposiciones que establecen restricciones a la división ilimitada de una herencia (artículo 156) y en general las incapacidades de suceder que cada estado incorpore a sus leyes con carácter de orden publico (artículo 149).

Mientras ante la ley de su propio Estado el juez debe limitarse a un leal cumplimiento, cualquiera que sea la opinión de la justicia, pero respecto a la ley extranjera esta obligado a una labor valorativa, cuyo resultado le puede

conducir a declararla inaplicable por su oposición al orden público nacional. La doctrina es unánime en reconocer la necesidad de esta valoración judicial, puesto que es imposible una previsión anticipada de todos los casos de orden público, dándose que el juez puede descartar la ley extranjera normalmente aplicable.

Ejemplos de orden público: de acuerdo a la legislación Argentina se considera como contrario al orden público un testamento que condiciona beneficios hechos al cónyuge del hecho de que no permitiera contraer nupcias por segunda vez; el ordenamiento belga se opone a la aplicación de toda disposición extranjera que dicte incapacidades o causas de indignidad sucesoria basada sobre motivos religiosos y por último en Italia el orden público prohíbe que los testamentos de extranjeros contengan disposiciones prohibidas como usufructos sucesivos y testamentos mancomunados incluso cuando la ley nacional del difunto los admita.

Uno de los problemas mas nocivos en el Derecho Internacional es el fraude de ley que consiste en que las partes convierten las características positivas del tipo legal en negocios jurídicos, haciendo una verdadera cadena de actos proyectados en conjunto hacia la evasión de la ley normalmente competente. Dándose el cambio de puntos de conexión con el fin de burlar la ley que debiera aplicarse, el derecho extranjero en sí no contraria al derecho local, pero éste resulta violado por la realización de actos tendientes a ese fin.

El fraude implica una aplicación desnaturalizada, falseada de un precepto jurídico que es usado no como fin en sí mismo, sino como simple instrumento que asegure el incumplimiento sin ningún riesgo del precepto que debía ser observado.

El derecho internacional privado en virtud de su especial técnica jurídica por ser un sistema de normas de colisión ofrece magnificas oportunidades para conseguir el resultado apetecido por el que actúa fraudulentamente.

El fraude a la ley juega de tres modos en materia de sucesiones¹:

- Por medio de la regla *locus regit actum*: donde una persona quiere eludir las condiciones de forma prescritas por su ley personal en materia de testamentos, por lo que se va al extranjero donde la ley consagra la forma que desea emplear y testa. A su muerte, los herederos o legatarios invocan la validez del testamento en virtud de la regla *locus*, en este caso el tribunal de la ley fraudulentamente eludida no reconocerá la validez del testamento.
- Por medio de un cambio de nacionalidad: por ejemplo una persona sujeta a un Estado que permite que la ley personal es la ley nacional, quiere eludir las incapacidades prescritas por su ley nacional en materia de testamento, por lo que adquiere la nacionalidad de un Estado extranjero que ignore tales incapacidades, y a su fallecimiento los herederos invocan la ley extranjera, pero los tribunales del Estado cuya ley ha sido fraudulentamente eludida rehusarán aplicar la legislación extranjera.

¹SIMO SANTONJA. Derecho sucesorio comparado. Pág. 157.

- Por medio de un cambio de domicilio: aquí igual el testador cambia el domicilio a un Estado cuyas leyes vayan de acuerdo con lo fraudulentamente planeado.

Un ejemplo de un caso de fraude a la ley es donde el causante estaba domiciliado en Argentina y se había naturalizado, al enfermar gravemente trasladó su domicilio a Austria readquirió su nacionalidad de origen y testó en forma contraria al derecho argentino, teniendo bienes en Argentina y Austria, se resolvió que el cambio de domicilio y nacionalidad se había hecho en fraude a la ley argentina con la intención de eludir sus normas por lo que se privó de efecto al cambio en los puntos de conexión.

Por la importancia que revisten las sucesiones internacionales, existe a nivel internacional alguna normativa tendiente a regular esta materia, pero como veremos más adelante aún hoy la comunidad internacional está trabajando para unificar criterios y facilitar el proceso sucesorio y las

disposiciones en cuanto a los testamentos, de modo tal que se ofrezca mayor seguridad jurídica a los herederos y se proteja también la estabilidad de las empresas y los trabajadores en caso de contener el testamento bienes tales como empresas internacionales.

Entre las legislaciones internacionales se encuentra el Código de Bustamante que en su Capítulo tercero indica:

De las Sucesiones en General:

Artículo 144. Las sucesiones intestadas y las testamentarias incluso en cuanto al orden de suceder, a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de las disposiciones, se regirán, salvo los casos de excepción más adelante establecidos, por la ley personal del causante, sea cual fuere la naturaleza de los bienes y el lugar en que se encuentren.

Artículo 145. Es de orden público internacional el precepto en cuya virtud los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte.

Y en su capítulo quinto dispone específicamente sobre los testamentos lo siguiente:

De los Testamentos

Artículo 146. La capacidad para disponer por testamento se regula por la ley personal del testador.

Artículo 147. Se aplicará la ley territorial a las reglas establecidas por cada Estado para comprobar que el testador demente está en un intervalo lúcido.

Artículo 148. Son de orden público internacional las disposiciones que no admiten el testamento mancomunado, el ológrafo y el verbal, y las que lo declaran acto personalísimo.

Artículo 149. También son de orden público internacional las reglas sobre forma de papeles privados relativos al testamento y sobre nulidad del otorgado con violencia, dolo o fraude.

Artículo 150. Los preceptos sobre forma de los testamentos son de orden público internacional, con excepción de los relativos al testamento otorgado en

el extranjero, y al militar y marítimo en los casos en que se otorgue fuera del país.

Artículo 151. Se sujetan a la ley personal del testador la procedencia, condiciones y efectos de la revocación de un testamento, pero la presunción de haberlo revocado se determina por la ley local.

De la Herencia

Artículo 152. La capacidad para suceder por testamento o sin él se regula por la ley personal del heredero o legatario.

Artículo 153. No obstante lo dispuesto en el artículo precedente son de orden público internacional las incapacidades para suceder que los Estados contratantes consideren como tales.

Artículo 154. La institución de herederos y la sustitución se ajustarán a la ley personal del testador.

Artículo 155. Se aplicará, no obstante, el derecho local a la prohibición de sustituciones fideicomisarias que pasen del segundo grado o que se hagan a

favor de personas que no vivan al fallecimiento del testador y de las que envuelvan prohibición perpetua de enajenar.

Artículo 156. El nombramiento y las facultades de los albaceas o ejecutores testamentarios, dependen de la ley personal del difunto y deben ser reconocidos en cada uno de los Estados contratantes de acuerdo con esa ley.

Artículo 157. En la sucesión intestada, cuando la ley llame al Estado como heredero, en defecto de otros, se aplicará la ley personal del causante; pero si lo llama como ocupante de cosas nullius se aplica el derecho local.

Artículo 158. Las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda quede encinta, se ajustarán a lo dispuesto en la legislación del lugar en que se encuentre.

Artículo 159. Las formalidades requeridas para aceptar la herencia a beneficio de inventario o para hacer uso del derecho de deliberar se ajustarán a la ley del lugar en que la sucesión se abra, bastando eso para sus efectos extraterritoriales.

Artículo 160. Es de orden público internacional el precepto que se refiera a la proindivisión ilimitada de la herencia o establezca la partición provisional.

Artículo 161. La capacidad para solicitar y llevar a cabo la división se sujeta a la ley personal del heredero.

Artículo 162. El nombramiento y las facultades del contador o perito partidario dependen de la ley personal del causante.

Artículo 163. A la misma ley se subordina el pago de las deudas hereditarias.

Sin embargo, los acreedores que tuvieren garantía de carácter real, podrán hacerla efectiva de acuerdo con la ley que rijan esa garantía.¹

Tal y como hemos estudiado a lo largo de este trabajo por la gran importancia que reviste el tema de las sucesiones internacionales, la Unión Europea ha sido la pionera en actualización y simplificación de normas y procesos de modo tal que se facilite la prosecución de un proceso sucesorio, inclusive existe en este momento una propuesta de resolución número A6-0359/2006 presentado por la Comisión de Asuntos jurídicos del Parlamento Europeo que contempla lo siguiente:

¹ www.ar.geocities.com/doctoracalderon/bustam.doc

- “Visto el Libro Verde titulado «Sucesiones y testamentos» presentado por la Comisión Europea el 1 de marzo de 2005 (COM (2005)0065), así como el Anexo al mismo (SEC (2005)0270),
- Visto el dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 26 de octubre de 2005,
- Visto el artículo 192, párrafo 2, del Tratado CE,
- Vistos los artículos 39 y 45 de su Reglamento,
- Visto el informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos (A6-0359/2006),

A. Considerando que, según el estudio elaborado en 2002 por el Instituto Notarial Alemán (Deutsches Notarinstitut) por encargo de la Comisión, se abren cada año en el territorio de la Unión Europea entre 50 000 y 100 000 sucesiones *mortis causa* que presentan un carácter internacional,

B. Considerando que es inevitable que dicha cifra se revise al alza a raíz de la reciente adhesión a la Unión Europea de diez nuevos Estados miembros, y vistas las próximas ampliaciones,

- C. Considerando que subsisten actualmente profundas divergencias entre los sistemas de Derecho internacional privado y de Derecho sustancial de los Estados miembros en materia de sucesiones *mortis causa* y testamentos,
- D. Considerando que dichas divergencias, en la medida en que pueden ocasionar a los derechohabientes dificultades y gastos para tomar posesión de su herencia, se podrían traducir en obstáculos al ejercicio de la libre circulación y de la libertad de establecimiento contemplados en los artículos 39 y 43 del Tratado CE, así como al disfrute del derecho a la propiedad, que es un principio general del Derecho comunitario,
- E. Considerando la oportunidad de proceder a la creación de un instrumento de Derecho comunitario relativo al Derecho internacional privado en materia de sucesiones *mortis causa* y testamentos, como lo indicaban el Plan de acción de Viena de 1998, el Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 2000 adoptado por el Consejo y por la Comisión Europea, el Programa de La Haya de 4 de noviembre de 2004 sobre

refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea y el Plan de Acción del Consejo y la Comisión por el que se aplica el Programa de la Haya sobre refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea,

F. Considerando que la adopción de iniciativas legislativas en materia de sucesiones *mortis causa* y testamentos es coherente con los objetivos del Derecho comunitario, que prohíbe la discriminación por razón de la nacionalidad y tiende a promover la integración social de todas las personas cuyo centro principal de vida y cuyos intereses radiquen en uno de los Estados miembros, independientemente de su nacionalidad,

G. Considerando que la armonización del Derecho sustancial de las sucesiones *mortis causa* y los testamentos de los Estados miembros no entra en el ámbito de competencias de la Comunidad Europea, si bien, con arreglo al artículo 65, letra b), del Tratado CE, figura entre sus competencias la aprobación de medidas destinadas a «fomentar la compatibilidad de las

normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción»,

H. Considerando que, con arreglo al artículo 67, apartado 5, guión 2, del

Tratado CE, deberá adoptarse un acto comunitario en materia de sucesiones *mortis causa* y testamentos de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado,

I. Considerando que, en materia de sucesiones testamentarias, no se puede

prescindir del respeto de algunos principios fundamentales de orden público que limitan la libertad testamentaria en beneficio de la familia del testador y de otros derechohabientes,

1. Pide a la Comisión que en el transcurso de 2007 le presente una propuesta

legislativa en materia de sucesiones *mortis causa* y testamentos sobre la base de los artículos 65, letra b), y 67, apartado 5, del Tratado CE, propuesta que deberá elaborarse en el marco de un debate interinstitucional y con arreglo a las recomendaciones pormenorizadas que figuran más adelante;

2. Pide a la Comisión que, en el contexto de las deliberaciones en curso sobre el Programa de financiación de la justicia civil 2007-2013, organice una convocatoria de propuestas sobre una campaña de información en relación con los testamentos y las cuestiones de sucesión de carácter transfronterizo dirigida a los juristas especializados en este ámbito;
3. Pide a la Comisión a que, en el marco del Programa de financiación de la justicia civil 2007-2013, considere prioritaria la creación de una red de juristas especializados en el Derecho civil con vistas a desarrollar la confianza y la comprensión mutuas entre profesionales en este ámbito, compartir información y desarrollar las mejores prácticas;
4. Constata que las recomendaciones que figuran más adelante obedecen al principio de subsidiariedad y a los derechos fundamentales de los ciudadanos;
5. Considera que la propuesta solicitada no tendrá repercusiones financieras para el presupuesto comunitario;

6. Encarga a su Presidente que transmita la presente Resolución al Consejo y a la Comisión así como a los Parlamentos y a los Gobiernos de los Estados miembros”.¹

Seguidamente se hará mención de algunas recomendaciones planteadas por la Comisión de Asuntos jurídicos del Parlamento Europeo, las cuales tiene gran relevancia para nuestro tema.

-Recomendación 3 (relativa al margen para el ejercicio autónomo de la voluntad individual)

El Parlamento Europeo considera que el acto legislativo que se adopte deberá conceder un margen para el ejercicio autónomo de la voluntad individual, en particular permitiendo:

– Que las partes en cuestión elijan, sujeto a determinadas condiciones, al juez competente, tomando como modelo las disposiciones de los artículos 23 y 24 del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de

¹ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2006-0359+0+DOC+XML+V0//ES>

2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁽¹⁾,

- Que el testador pueda elegir, en tanto que ley reguladora de su sucesión, entre su propia ley nacional y la ley del país de residencia habitual en el momento de la elección; dicha elección deberá expresarse en una declaración en forma de disposición testamentaria;

-Recomendación 4 (sobre la ley aplicable a la forma de los testamentos)

El Parlamento Europeo estima que el acto legislativo que se adopte deberá prever normas pertinentes en materia de leyes aplicables a la forma de las disposiciones testamentarias, las cuales deberán ser consideradas válidas, en cuanto a la forma, o consideradas como tales por la ley del Estado en el que el testador las había dispuesto, por la ley del Estado en el cual el testador tenía su residencia habitual en el momento en que dispuso o en el momento de la muerte; o por la ley de uno de los Estados de los que el testador tenía la nacionalidad en el momento en que dispuso o en el momento de la muerte;

-Recomendación 6 (sobre las cuestiones de carácter general en materia de ley aplicable)

- Que el acto legislativo que se adopte deberá especificar, en caso de que un Estado posea dos o más sistemas legislativos o regímenes relativos a las sucesiones y testamentos aplicables en diferentes unidades territoriales, cada una de dichas unidades se deberá considerar un país a los efectos de definir la ley aplicable a la sucesión; asimismo, el acto legislativo que se adopte deberá especificar, en relación con dicho Estado, que :

-Recomendación 7 (relativa al «certificado sucesorio europeo»)

El Parlamento Europeo considera que el futuro instrumento deberá perseguir el objetivo de simplificar los procedimientos que los herederos y los legatarios deben seguir para tomar posesión de la herencia, sobre todo mediante:

- La previsión de normas de Derecho internacional privado destinadas a coordinar de manera eficaz los ordenamientos jurídicos en materia de

administración, liquidación y transmisión de las herencias y la identificación de los herederos, disponiendo: que estos aspectos de la sucesión, salvo excepciones debidas a la naturaleza o al lugar de ubicación de los bienes determinados, sean regulados por la ley aplicable a la sucesión; que si esta última ley prevé la intervención de una autoridad indicada por la propia ley, o nombrada de conformidad con aquella, sus poderes sean reconocidos en todos los Estados miembros; que, si la ley aplicable a la sucesión es la ley de un Estado miembro, los poderes de dicha autoridad se extiendan, salvo indicación en contrario del testador, a todos los bienes que han recaído en la sucesión, dondequiera que estén situados, también cuando, según la ley aplicable a la sucesión, dichos poderes estén limitados a los bienes muebles; que las medidas relativas a la actividad de dicha autoridad establecidas por la ley aplicable a la sucesión puedan solicitarse a los tribunales del Estado miembro cuya ley es aplicable a la sucesión o en el territorio en el que el difunto tenía su residencia habitual en el momento de la fallecimiento o en el territorio en el cual se encuentran los bienes objeto de la sucesión;

– La creación de un «certificado sucesorio europeo» que indique de manera vinculante, en tanto no haya pruebas contrarias, la ley aplicable a la sucesión, los beneficiarios de la herencia, las personas encargadas de su administración y los poderes correspondientes, así como los bienes heredados, confiando la expedición de este certificado a un sujeto habilitado, en cada uno de los sistemas jurídicos, para conferirle valor oficial.

Dicho certificado, que especificará la ley aplicable a la sucesión, se redactará según un modelo estándar previsto por futuro acto legislativo y constituirá título idóneo para la transcripción de la adquisición por herencia en los registros públicos del Estado miembro en el que se encuentran los bienes, respetando las normas de este Estado por lo que respecta al funcionamiento de dichos registros y a los efectos producidos por la información contenida en los mismos;

Además, el acto legislativo que se adopte deberá garantizar protección al tercero de buena fe que haya celebrado un contrato a título oneroso con quien parece legitimado para disponer de los bienes heredados en virtud del certificado, previendo la salvedad de su adquisición, salvo en el caso en que sepa que las indicaciones del certificado son inexactas o que la autoridad competente ha previsto la revocación o la modificación de dicho certificado;

-Recomendación 9 (relativa a la sustitución fideicomisaria)

El Parlamento Europeo recuerda que, de conformidad con el artículo 295 del Tratado, el régimen de propiedad es competencia de los Estados miembros y solicita en consecuencia que el acto legislativo que se adopte no se aplique a las sustituciones fideicomisarias. No obstante, el acto en cuestión deberá prever que, cuando se cree una sustitución fideicomisaria por causa de muerte, la aplicación a la sucesión de la ley designada por el propio acto no obste a la aplicación de otra ley para regular la sustitución fideicomisaria y que, recíprocamente, la aplicación a la sustitución fideicomisaria de la ley que lo

regula no obste a la aplicación a la sucesión de la ley con arreglo al acto legislativo que se adopte;

-Recomendación 10 (relativa al «exequátur»)

El Parlamento Europeo propone que, en materia de reconocimiento y ejecución de las decisiones, el acto legislativo que se adopte reproduzca el sistema establecido por el Reglamento (CE) No. 44/2001, que exige el exequátur únicamente en caso de una decisión pronunciada por los jueces de un Estado miembro que se haya de aplicar sobre la base de un procedimiento ejecutivo en otro Estado miembro.

No obstante, cuando una decisión esté destinada a ser transcrita en registros públicos, habida cuenta de la profunda diversidad de las normas en los diferentes Estados miembros, deberá preverse que dicha decisión vaya acompañada de un «certificado de conformidad» con el orden público y las

normas imperantes del Estado miembro requerido, emitido –según un formulario normalizado– por una autoridad jurisdiccional local;

Recomendación 12 (relativa al sistema europeo de registro de los testamentos)

El Parlamento Europeo aboga por la creación de una red europea de registros nacionales de testamentos, mediante la integración de los registros nacionales, con objeto de simplificar la búsqueda y la verificación de las disposiciones correspondientes a la última voluntad del difunto.”¹

Consideramos necesario haber realizado un pequeño estudio acerca del derecho internacional, específicamente del testamento que es el tema de este trabajo, ya que cada vez mas al unirse las fronteras y al vivir en un era de globalización, se pueden llegar a dar conflictos de leyes aplicables sobre todo en materia de derecho sucesorio, por lo que es preciso que exista una legislación específica que regule las situaciones fácticas que pudieren llegar a darse en caso de dichos conflictos.

¹ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2006-0359+0+DOC+XML+V0//ES>

3. LA FIRMA DIGITAL EN EL TESTAMENTO:

Hoy día es muy común que las personas en general hagan uso de conceptos como firma digital, transacciones comerciales electrónicas, contratos en línea, etc. Sin embargo, para el jurista la situación es muy diferente ya que su conceptualización genera efectos y consecuencias en la vida de las personas, en el desarrollo de las empresas y de la sociedad misma como comunidad. Ello hace que la aceptación de los cambios sociales y económicos sea mucho más lento en el mundo jurídico que en el mundo de los negocios generando a su vez incertidumbre entre los operadores económicos.

La firma digital podemos ubicarla en la transmisión de mensajes telemáticos y en la gestión de documentos electrónicos como “un método criptográfico que asocia la identidad de una persona o de un equipo informático al mensaje o documento. En función del tipo de firma, puede, además, asegurar la integridad del documento o mensaje.

La firma electrónica, como la firma autógrafa (manuscrita), puede vincularse a un documento para identificar al autor, para señalar conformidad (o disconformidad) con el contenido, para indicar que se ha leído o, según el tipo de firma, garantizar que no se pueda modificar su contenido.”¹

En Costa Rica la ley número 8454 de certificados, firmas digitales y documentos electrónicos digitales define la firma digital como “cualquier conjunto de datos adjunto o lógicamente asociado a un documento electrónico, que permita verificar su integridad, así como identificar en forma unívoca y vincular jurídicamente al autor con el documento electrónico.”²

A la firma digital se le ve como un avance conceptual de la firma ológrafa. La información de los especialistas determina que hoy es el único mecanismo que permite asegurar la documentación digital en un sistema de comunicación abierta como lo es Internet, permitiendo determinar la identidad

¹ http://es.wikipedia.org/wiki/Firma_digital

² <http://www.micit.go.cr/docs/Ley%20de%20firma%20digital.doc>.

de las personas o sus medios computacionales que contratan o intercambian información y documentos sin que hayan sufrido alteraciones durante la transmisión. Para comprender su funcionamiento y utilización debemos olvidar temporalmente la idea de un documento en soporte papel y su firma. La "firma digital" es utilizada para todo tipo de información, ya se trate de texto, sonido o imágenes.

Para entender dicho instrumento un poco mejor explicaremos someramente su procedimiento: La Firma Digital utiliza la criptografía de clave pública como algoritmos matemáticos que opera por el concepto indicado de un par de claves, privada y pública, las que se reciben íntimamente vinculadas. El ciudadano que suscriba digitalmente información para su posterior transmisión debe generar su propia clave. La clave privada queda en poder del usuario y es la utilizada para "firmar". Solo la clave pública se publicita y es utilizada para verificar la firma. La "Firma Digital" no se asemeja en nada a la firma tradicional a menos que esta sea producto de una clave desarrollada sobre una imagen

gráfica de la firma autógrafa. El proceso de creación del par de claves lo realiza un software especial: en general, la clave privada queda almacenada en el equipo del contratante o bien en las llamadas tarjetas inteligentes que portan un chip y la cual se activa al reconocer la contraseña. Las claves no son otra cosa que una combinación de letras y números, es decir un conjunto de impulsos, que a su vez constituyen un conjunto de ceros y unos de ahí que pueda también concebirse como traducción de una imagen que tiene su propio código binario que genera una clave. Una firma digital se produce 1) de combinar los caracteres que conforman la clave privada o 2) del código de una imagen de la firma del contratante con los caracteres del contenido del documento al que se le quiere incorporar la "firma". Este grupo de caracteres obtenido a partir de la mezcla de los caracteres del documento con los de la clave privada, es lo que constituye la firma digital. Con la fusión quedan comprendidos todos los caracteres que conforman el documento, incluso los espacios en blanco, de forma tal que cada combinación (clave privada mas documentos, es decir firma) resulta única para cada documento. Una vez obtenida la "firma", el suscriptor/emisor la transmite conjuntamente con el

documento. Asimismo transmite su clave pública para ser utilizada en el proceso de verificación. El destinatario recibe el documento con la "firma digital" y la clave pública del suscriptor. Procede entonces a iniciar el proceso de verificación de la firma digital adosada al documento recibido. Aplica la clave pública del suscriptor a la "firma digital". Como resultado de este proceso se obtiene una serie de caracteres que son comparados con los que conforman el documento transmitido. Si los caracteres coinciden la "firma" es válida, y garantiza que fue aplicada por el titular de la clave privada que se corresponde con la clave pública utilizada para la verificación y que el documento no ha sido alterado. Cabe señalar que todo este proceso gracias a los programas es automático y en poco tiempo. Si la firma es válida, el titular de la clave privada utilizada para "firmar" el documento no puede desconocerla. La administración de claves se debe dejar en manos de "Autoridades Certificantes". Dicha autoridad, previa constatación de la identidad del solicitante, emitirá un certificado que vinculará a dicha persona con su clave pública. La autoridad certificante debe registrar las claves públicas en un registro, que debe estar organizado de una manera tal que permita ser consultado "en línea" a cualquier

hora. Si una persona ve hurtada o copiada su clave privada debe realizar la denuncia a la autoridad certificante quien procederá a revocar el certificado que vincula dicha clave privada a la clave publica que surge del certificado y emitirá una sustitutiva. Volviendo al proceso de verificación de la "firma digital".

Después de "firmado" digitalmente un documento se podría encriptar dicha información con la clave publica del destinatario. Esto significa que los caracteres de la información a transmitir (documento, firma digital y certificado de clave publica) se mezclan con los de la clave publica del destinatario, obteniéndose una combinación de caracteres ininteligibles. Solo el destinatario, mediante la aplicación de su clave privada, que únicamente él conoce y que corresponde a la clave pública con la que yo he cifrado el mensaje, podría descifrar el mensaje. La bondad de este sistema radica en el secreto de la clave privada. Dado que la firma digital no implica ocultar el mensaje, no resulta necesario el registro de claves privadas. Se considera que los sistemas que contemplan la utilización de las claves para el encriptado de los mensajes pueden ser utilizados para cometer ilícitos. Por tal motivo los gobiernos ejercen fuertes presiones para que se registren asimismo las claves privadas, de forma

tal que si las circunstancias lo requieren, se podría acceder a dichas claves para descifrar los mensajes. Las "bondades" del sistema de firma digital, -no repudio e inalterabilidad del mensaje- en la actualidad solo son oponibles entre las partes si existe un acuerdo previo. Es necesario tener en cuenta lo expresado para comprender que la "firma digital" no ha sido ideada sobre la base del concepto tradicional de firma, y mucho menos teniendo en cuenta las particularidades de un ordenamiento jurídico determinado. Nos encontramos frente a un mecanismo técnico que presenta ciertos atributos que se asemejan a los de la firma tradicional que puede ser utilizado eficientemente y sin mayores complicaciones o exigencias para cierto tipo de operaciones. La tendencia a nivel mundial es que la Firma Digital, con las características vinculadas ya enunciadas, sea reconocida por ley. El estado de Utah, en los Estados Unidos, fue el primero en legislar en la materia.

El fin de la firma digital es el mismo de la firma ológrafa: dar asentimiento al compromiso a lo firmado, proveyendo seguridad y confianza a los mensajes o negocios realizados electrónicamente.

Entre los objetivos de la firma electrónica está el conseguir una universalización de un estándar de firma electrónica y entre sus características podemos mencionar las siguientes:

- Debe permitir la identificación del signatario. Entramos en el concepto de "autoría electrónica" como la forma de determinar que una persona es quien dice ser.
- No puede ser generada más que por el emisor del documento, infalsificable e inimitable.
- Las informaciones que se generen a partir de la signatura electrónica deben ser suficientes para poder validarla, pero insuficientes para falsificarla.
- La posible intervención del Notario Electrónico mejora la seguridad del sistema.

- No debe existir dilación de tiempo ni de lugar entre aceptación por el signatario y la aposición de la signatura.

Así mismo se deben cumplir los siguientes requisitos:

- debe estar vinculada únicamente al firmante

- debe ser capaz de identificar al firmante

- debe estar creada de un modo o utilizando un medio que está únicamente bajo el control del firmante

- debe estar vinculada a los datos a los que se refiere de tal forma que si los datos son alterados la firma electrónica es invalidada.

En nuestro país la Ley 8454 antes mencionada en su artículo quinto indica que la utilización de documentos electrónicos es válida para lo siguiente:

a) La formación, formalización y ejecución de los contratos.

b) El señalamiento para notificaciones conforme a la Ley de notificaciones, citaciones y otras comunicaciones judiciales.

c) La tramitación, gestión y conservación de expedientes judiciales y administrativos; asimismo, la recepción, práctica y conservación de prueba, incluida la recibida por archivos y medios electrónicos. De igual manera, los órganos jurisdiccionales que requieran la actualización de certificaciones y, en general, de otras piezas, podrán proceder sobre simples impresiones de los documentos en línea efectuadas por el despacho o aceptar las impresiones de dichos documentos en línea, aportadas por la parte interesada y certificadas notarialmente.

d) La emisión de certificaciones, constancias y otros documentos.

e) La presentación, tramitación e inscripción de documentos en el Registro Nacional.

f) La gestión, conservación y utilización, en general, de protocolos notariales, incluso la manifestación del consentimiento y la firma de las partes.

Sin embargo no se podrán consignar en documentos electrónicos:

- a) Los actos o negocios en los que, por mandato legal, la fijación física resulte consustancial.
- b) Las disposiciones por causa de muerte.
- c) Los actos y convenios relativos al Derecho de familia.
- d) Los actos personalísimos en general.

En entornos criptográficos se considera la firma digital con capacidad superior a la manuscrita, ya que no sólo comporta la autenticidad del documento firmado, sino su integridad; o lo que es lo mismo, la certidumbre de que no ha sido alterado en ninguna de sus partes. Actualmente no existe problema legal para el uso de la firma digital por un grupo de usuarios, siempre que éstos firmen "manualmente" un acuerdo previo acerca de su uso en sus transacciones comerciales, así como el método de firma y los tamaños (y valores) de las claves públicas a emplear.

Todos estos nuevos servicios y aplicaciones no podrán desarrollarse en plenitud a no ser que se les dote de unos servicios y mecanismos de seguridad fiables.

Dentro del sistema de seguridad para que cualquier usuario pueda confiar en otro usuario se deben establecer ciertos protocolos. Los protocolos sólo especifican las reglas de comportamiento a seguir. Existen diferentes tipos de protocolos en los que intervienen terceras partes confiables (*Trusted Third Party, TTP*, en la terminología inglesa):

- Los protocolos arbitrados: En ellos una TPC o Autoridad de Certificación participa en las transacciones para asegurar que ambos lados actúan según las pautas marcadas por el protocolo.
- Los protocolos notariales: En este caso la TPC, además de garantizar la correcta operación, también permite juzgar si ambas partes actuarán por

derecho según la evidencia presentada a través de los documentos aportados por los participantes e incluidos dentro del protocolo notarial.

En estos casos, se añade la firma (digital) del notario a la transacción, pudiendo éste testificar, posteriormente, en caso de disputa.

- Los protocolos autoverificables: En estos protocolos cada una de las partes puede darse cuenta si la otra actúa deshonestamente, durante el transcurso de la operación.

La firma digital en sí, es un elemento básico de los protocolos autoverificables, ya que no precisa de la intervención de una Autoridad de Certificación para determinar la validez de una firma.”¹

Sin embargo en Costa Rica no se aplica este sistema en los documentos digitales sino el sistema de protocolos arbitrados, ya que es indispensable una Autoridad o Entidad de Certificación, toda vez que como indica el artículo 9 de la

¹http://www.informatica-juridica.com/trabajos/firma_digital.asp#1.%20FIRMA%20ANALÓGICA

supracitada Ley 8454 “...Los documentos públicos electrónicos deberán llevar la firma digital certificada”¹. Y como indica el artículo 18 de la misma Ley “se entenderá como certificador la persona jurídica pública o privada, nacional o extranjera, que emite certificados digitales y está debidamente autorizada según esta Ley o su Reglamento; asimismo, que haya rendido la debida garantía de fidelidad. El monto de la garantía será fijado por la Dirección de Certificadores de Firma Digital y podrá ser hipoteca, fianza o póliza de fidelidad de un ente asegurador, o bien, un depósito en efectivo. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 3, 9 y 19 de esta Ley, los certificados digitales expedidos por certificadores registrados ante la Dirección de Certificadores de Firma Digital, solo tendrán pleno efecto legal frente a terceros, así como respecto del Estado y sus instituciones.”² E inclusive el artículo 19 indica que “la Dirección de Certificadores de Firma Digital será la encargada de establecer, vía reglamento, todos los requisitos, el trámite y las funciones de las personas que soliciten su registro ante esta Dirección; para ello, el ECA, a solicitud del Ministerio de Ciencia y Tecnología, deberá fijar los requerimientos técnicos para el estudio,

¹ <http://www.micit.go.cr/docs/Ley%20de%20firma%20digital.doc>

² <http://www.micit.go.cr/docs/Ley%20de%20firma%20digital.doc>

de acuerdo con la Ley N.º 8279, de 2 de mayo de 2002, y las prácticas y los estándares internacionales.”¹ Y en el artículo 23 expresa que “La Dirección de Certificadores de Firma Digital, perteneciente al Ministerio de Ciencia y Tecnología, será el órgano administrador y supervisor del Sistema de Certificación.”²

Básicamente el tema de la firma digital es un tema que si se enlaza con el testamento propiamente llega a ser de gran importancia y hasta cierto sentido innovador, debido a que la firma digital como ya ha sido tratada nos ofrece una serie de ventajas para la realidad en la que estamos inmersos, ya que en los medios tecnológicos tan avanzados con los que cuenta en mundo moderno, se considera la firma digital con capacidad superior a la manuscrita, ya que no sólo comporta la autenticidad del documento firmado, sino su integridad; o lo que es lo mismo, la certidumbre de que no ha sido alterado en ninguna de sus partes, y nos proporcionaría la ventaja de realizar un testamento propiamente digital que

¹ ídem

² ídem

a su vez utilizaría la firma digital, claro está, es importante resaltar que en nuestro país no se encuentra regulado este tipo de modalidad de realizar testamentos, al contrario se prohíbe la utilización de la firma digital en el testamento, dicha prohibición se encuentra regulada en la Ley 8454 antes citada en su artículo quinto que dispone: "... No se podrán consignar en documentos electrónicos: ... b) Las disposiciones por causa de muerte." A pesar de que no se aplique la firma digital actualmente en lo correspondiente a testamentos, no dudamos que en un corto tiempo se pueda utilizar la firma digital para todo tipo de tramites y/o contratos incluso en disposiciones de ultima voluntad, ya que con todas las ventajas que esta implica, aceleraría todos los tramites, procedimientos y actos, logrando también con ello que las disposiciones que realice el testador se realicen sin ninguna dificultad.

CONCLUSIONES

A medida que pasa el tiempo, el entorno va cambiando y las normas o leyes que eran aplicables para el tiempo en que fueron constituidas, dejan de serlo, por lo que es de suma importancia que nuestra legislación vaya también cambiando, acomodándose así a las necesidades de la población, por lo cual como demostramos, muchas de las disposiciones del Código Civil en referencia al testamento están ya muy desactualizadas y son poco prácticas para nuestro entorno actual o presente o bien no dan solución a los nuevos conflictos que se presentan, ni tampoco contemplan regulaciones para las nuevas exigencias tecnológicas que la sociedad moderna requiere.

Por ello planteamos una serie de lagunas, vacíos y contradicciones en cuanto a los artículos del testamento, que requieren de una reforma de nuestro actual Código Civil; y al mismo tiempo esbozamos algunas innovaciones que demandan ser incluidas para adecuarse a las exigencias actuales y sea el testamento una figura aun mas utilizada.

Al estudiar el tema de la libertad de testar en relación con los alimentarios y los bienes gananciales, debemos resaltar primeramente la importancia de dichas figuras, las cuales no podemos dejar de lado a la hora de efectuar cualquier tipo de actos jurídicos, al contrario debemos procurar salvaguardarlas ya que estas implican tanto una obligación como padre de familia así como el esfuerzo común de ambos cónyuges, no sólo en lo material, sino también en lo moral, en cuanto a los gananciales, por lo cual, en nuestra consideración, tanto los menores como el cónyuge tendrían derecho a recibir la parte que les corresponde; por tal razón en la figura del testamento se debe procurar no dejar desprotegido al menor o incapacitado o a alguno de los cónyuges, pero a su vez tampoco debe violentarse o limitarse la libertad de testar disponiendo de cláusulas que vayan a limitar la voluntad plena del testador, toda vez que nos encontramos en un sistema de libre testamentifacción en el cual no cabe ningún tipo de restricción.

Por lo cual consideramos que lo más efectivo sería ubicar esa limitación no en la voluntad del testador, sino sobre los efectos del testamento. De esta

manera por ejemplo si el testador dispusiera de un bien en su totalidad el cual podría llegar a ser ganancial, debe considerarse que a la hora de darle efectividad a ese testamento se le daría al heredero o legatario designado, solamente la mitad del valor neto después de realizada la división de los gananciales y de la misma forma si el testador violentando la limitación contenida en el artículo 595 del Código Civil respecto de alimentos, dispusiera de todo su patrimonio, no incluyendo sus deberes alimentarios como padre y consorte, al punto que los bienes sean insuficientes para solventar las necesidades básicas de dichas personas, debe tomarse en cuenta que el testamento no es nulo, sino que el heredero o legatario designado no recibirá sino lo que quede del haber hereditario, después de haberse dispuesto lo necesario para alimentar a esos menores, padres, consorte o incapaces que tengan la necesidad; por ende no debe tenerse como una limitación a la voluntad de testar, sino solamente a los efectos del testamento. Y solo podría existir una limitación testamentaria donde se regule legalmente la herencia forzosa, lo cual sí implica una limitación a la posibilidad de testar en parte del

patrimonio y la limitación absoluta se daría si existiese una prohibición de hacer testamento.

Otro de los casos que presenta discrepancias, es cuando se da o existe algún tipo de falta de precisión en las disposiciones testamentarias, básicamente en relación a designar herederos o legatarios ya que muchas veces el testador no especifica claramente a quien designa como tal, siendo dicha figura una parte fundamental de la sucesión testamentaria y como bien lo señala don Alberto Brenes Córdoba “La persona del instituido debe ser cierta, definida, o al menos, estar designada de tal modo que a la muerte del autor de la sucesión, sea posible y fácil determinarla...”, un ejemplo típico donde se plantea lo anterior es en los casos en los que se deja toda o una parte de la herencia o legado a título de beneficencia sin especificar a una persona o personas determinadas. Nuestro Código no contempla solución cuando el testador determina a la persona o personas que desea como herederos pero no lo designa en forma específica (por ejemplo con el nombre y apellidos), ya que a pesar de que el artículo 578 del Código Civil dispone que: “No vale la

disposición (...) que sea hecha a favor de personas inciertas y que no pueden llegar a ser ciertas y determinadas”; si el testador indicó las instituciones que han de beneficiarse con las disposiciones de su última voluntad, las cuales fueron instituidas como tales por el propio testador, no se podría decir que se trata de una imposibilidad absoluta para identificar a dichos herederos, ya que lo que se prohíbe son las disposiciones a favor de personas inciertas y que no puedan llegar a ser ciertas o determinadas. Lo esencial es que se cumpla la voluntad del causante y en caso de duda realizar un análisis para determinar verdadera y última voluntad, sobre todo si se refiere a actos de ayuda o beneficencia.

Otra de las lagunas existentes es que el Código no contempla la prescripción propiamente dicha para el caso del testamento y es importante reconocer que para todo acto jurídico es necesario un plazo de prescripción de la acción o derecho para brindar estabilidad y certeza a dichos actos, por lo cual, al no establecerse un plazo determinado para que los herederos puedan reclamar la herencia, se da cierta inseguridad jurídica a los que ya adquirieron

su parte de la herencia y podría dar lugar a situaciones irregulares que acarreen eventuales transgresiones al patrimonio del causante.

En torno a los temas innovadores, la figura del fideicomiso testamentario es de gran interés y utilidad, toda vez que consiste en un contrato establecido por dos partes, fideicomitente el cual es el propietario del patrimonio y el fiduciario que es el que en su momento administrará dicho patrimonio por el plazo y obligaciones que indique el contrato, donde pueden intervenir otras personas autorizadas por la ley como el juez o el notario; es necesario que el fideicomitente transmita bienes o derechos como objeto del negocio al fiduciario, en él recaerá la obligación de cumplir con las especificaciones que el fideicomitente determine en el contrato, tanto durante la vigencia del fideicomiso como hasta la muerte de este; el fiduciario tendrá que transmitir dichos bienes a un tercero designado por el causante, una vez cumplidas sus obligaciones y el plazo establecido por el constituyente.

Además, en casos donde no existe testamento o incluso existiendo tal, se deben atravesar tediosos procesos sucesorios los cuales llegan a ser costosos y complicados, por lo cual sería ventajoso implementar el fideicomiso testamentario para solventar y reparar así dichos problemas; inclusive se podría realizar de una manera mas ágil haciendo el traspaso en forma directa entre el Fiduciario y los herederos nombrados como tales en el contrato de Fideicomiso sin necesidad de abrir un proceso Notarial o Judicial. Sin embargo dicho proceso es sumamente cuestionado como ilegal, ya que no cumple con las formalidades que indica nuestra legislación en cuanto al procedimiento correcto ante Juez o Notario para abrir un proceso sucesorio testamentario, sin embargo, a pesar de lo anterior se realizan diariamente dichos contratos de fideicomiso de la manera mencionada anteriormente, esto ya que no se cuenta con la regulación necesaria en esta materia, por lo cual es fundamental que se regule expresamente dicha figura en nuestra legislación con el propósito de evitar fraudes tanto a acreedores, como al consorte y a los alimentarios. Por ello creemos necesario que para implementar dicha figura es indispensable crear medios de protección, tales como la publicación de edictos, el cual es un

medio que proporcionaría seguridad jurídica, ya que antes de constituirse un fideicomiso se debería de publicar un edicto, llamando a los interesados para que se apersonen, con el fin de no distraer bienes del fideicomitente mediante la constitución del fideicomiso, lo cual ayudaría a evitar a posteriori la impugnación de los contratos en sede judicial, por parte de acreedores que no se manifestaron en el momento oportuno. Además de otros métodos de publicación como un registro fiduciario, así como medios de información y comunicación acerca de las ventajas que ofrece el fideicomiso testamentario.

Es sumamente importante también, incluir dentro de nuestra normativa lo referente a las sucesiones internacionales y las disposiciones testamentarias, debido a que actualmente no existen disposiciones específicas que regulen estos temas, esto, para unificar criterios y facilitar tanto el proceso sucesorio y las disposiciones de ultima voluntad cuando contengan elementos extranjeros o internacionales que puedan llegar a ocasionar conflictos de leyes aplicables, por lo tanto es preciso que exista una legislación específica que

regule las situaciones fácticas que pudieren llegar a darse en caso de dichos conflictos; actualmente encontramos en la Comunidad Europea el desarrollo de un modelo de legislación con respecto a las sucesiones y testamentos internacionales que busca la unificación, actualización y simplificación de normas y procesos, de modo que facilita la prosecución de un proceso sucesorio que contenga elementos internacionales, con el cual se utiliza el testamento internacional y otros métodos alternativos para unificar criterios de los países miembros de la Unión Europea en dicho tema. Creemos de gran importancia que este tipo de modelos sirvan de inspiración para que otros países como los Latinoamericanos, también puedan adecuar a sus legislaciones dichas figuras de la sucesión y el testamento internacional.

En cuanto a la firma digital, la investigación realizada ha tratado de dar una idea de las innovaciones que esta ha implicado y el como debemos tratar de adaptar estos cambios a la realidad social y dejar la puerta abierta a otros futuros cambios y otras nuevas tecnologías que sin duda vendrán. Las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, unidas a otras técnicas

dan fiabilidad al documento electrónico y tratan de lograr una mayor seguridad mediante el desarrollo y extensión de remedios técnicos y procedimientos de control basados en la criptografía. Esta mayor seguridad que se pretende con una adecuación normativa nos conducirán hacia la autenticación electrónica. El miedo que existe a estas nuevas tecnologías de la información no está en la electrónica, ni en las comunicaciones sino a su mala utilización debido a la no formación y adecuación de las personas y medios a la realidad social.

La firma digital, con las garantías exigidas por una cada vez más necesaria seguridad jurídica, puede abrir un prometedor camino que deje en entredicho la eficacia real de la fe pública tradicional. Entre los objetivos de la firma digital está el conseguir una universalización de un estándar de firma electrónica.

La firma digital sería un avance muy importante para el derecho dentro de la dinámica de perfección de los testamentos, ya que en los medios tecnológicos tan avanzados con los que contamos actualmente se considera la firma digital con capacidad superior a la manuscrita, ya que no sólo comporta la autenticidad del documento firmado, sino su integridad, o lo que es lo mismo, la certidumbre de que no ha sido alterado en ninguna de sus partes y nos proporcionaría la ventaja de realizar un testamento propiamente digital que a su vez utilizaría la firma digital. Sin embargo a pesar de que actualmente no se aplique la firma digital en lo correspondiente a testamentos, no dudamos de las ventajas que implicaría dicha firma en este tema. Por tanto si se llegase a implementar el sistema de firma digital requeriría el desarrollo y aceptación de infraestructura que garantice su correcto funcionamiento. Dicha infraestructura debe estar sustentada en normas jurídicas que le dé respaldo según las necesidades de este país e incorporado en forma lenta, segura y permanente.

Con todo lo anterior podemos con seguridad afirmar que el testamento a la luz de la realidad jurídica costarricense es una figura que actualmente se encuentra vigente y trae consigo múltiples ventajas para el testador que desee disponer libremente de su patrimonio, sin embargo el Código Civil se encuentra desfasado con respecto a las necesidades existentes y a las nuevas técnicas y procedimientos que contiene el testamento actualmente, por ello es necesario una adecuación y modificación de los artículos que contemplan dicha figura, para llegar a satisfacer dichas necesidades existentes.

BIBLIOGRAFÍA:

I. LIBROS:

- ARIAS (José), Sucesiones, Buenos Aires, Editorial Guillermo Kraft Limitada, 1942.
- ARROYO ALVAREZ (Wilbert), Legítima Hereditaria y Derecho Sucesorio Costarricense. Necesidad de una reforma sustancial a nuestro Código Civil, San José, Editorial Publitex, 1988.
- BRENES CORDOBA (Alberto), Tratado de los bienes, Editorial Imprenta Trejos Hermanos, San José, Costa Rica, 2ª edición, 1927.
- BIONDO BIONDI, Sucesión Testamentaria y Donación, Barcelona, España, Editorial Bosch, 1960.
- CALLEJO RODRIGUEZ (Carmen), Aspectos Civiles de la Protección del Concebido no nacido, Madrid, Editorial Mc Graw Hill, 1997.
- CARRIZOSA PARDO (Hernando), Las Sucesiones, Bogota, Editorial Liberia Voluntad, 1945.
- CICU (Antonio), El testamento, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959
- DE GASPERI (Luis), Derecho Hereditario, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1953.
- FASSI (Santiago), Tratado de los Testamentos, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1970.

- FERRANDO (Raquel), Todo sobre Sucesiones y Testamentos, Barcelona, Editorial de Vecchi S.A., 1985.

- GARCIA AMIGO, (Manuel), Interpretación del Testamento, Revista de Derecho Privado, España, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo LIII, enero-diciembre, 1969.

- GUASTAVINO (Elías), Pacto sobre Herencias Futuras, Buenos Aires, Argentina, Editorial Ediar, 1968.

- MAGAÑA, (Horacio Enrique), Breves Consideraciones sobre los Requisitos Internos para la Validez del Testamento Público en el Salvador, El Salvador, 1961.

- MARTINEZ PAZ (Enrique), Introducción al Derecho de la Sucesión Hereditaria, Buenos Aires, Argentina, Editorial Tipográfica Editora Argentina, 1953.

- MEDINA (Graciela), Nulidad del Testamento, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

- MENDEZ COSTA (María), Capacidad para aceptar y repudiar herencias, Buenos Aires, Editorial Astrea.

- MENDIETA M. (Iván), De los Albaceas o Ejecutores Testamentarios, Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, León, Nicaragua, 1963.

- MESSINEO (Francesco), Manual de Derecho Civil y Comercial, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Tomo VII.

- MEZA BARROS (Ramón), Manual de la sucesión por causa de muerte y donaciones entre vivos, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1959.
- MEZA BARROS (Ramón), Manual de la sucesión por causa de muerte y donaciones entre vivos, Santiago, Chile, 1959.
- OSSORIO MORALES (Juan), Manual de Sucesión Testada, Madrid, España, 1957.
- PACHECO (Máximo) Introducción al Derecho, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1976.
- PÉREZ LASALA (José Luis), Curso de Derecho Sucesorio, Buenos Aires, Argentina, Editorial Ediciones Depalma, 1989.
- POLACO (Vittorio), De las sucesiones, Ediciones Jurídicas Europa-América, Boch y Cía editores, 2ª edición, Buenos Aires, Argentina, 1950.
- RODRIGUEZ (Gino) y ARIAS BUSTAMANTE, Ciencias y Filosofía del Derecho, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.
- ROJINA VILLEGAS (Rafael), Derecho Civil Mexicano, Editorial Porrúa S.A., México, Tomo IV, 4ª edición, 1976.
- SAENZ CARBONELL (Jorge) Historia del Derecho Costarricense. San José, 1ª edición, 1997.
- SIMO SANTOJA, Vicente Luis. Derecho sucesorio comparado. España, Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1968, Pág. 141.

- TAU ANZODEGUI (V́ctor), Esquema Hist́rico del Derecho Sucesorio del Medioevo Castellano del siglo XIX, Buenos Aires, Sociedad Anónima Editora e Impresora, 1971.
- TERRANDO BUNDIO (Raquel), Todo sobre derechos y deberes del Heredero, Barcelona, Editorial de Vecchi, 1990.
- TORRES RIVERO (Arturo Luis), Teoría General del Derecho Sucesorial, Venezuela, 1981.
- TRUJILLO ARROYO (Juan C), Lecciones de Derecho Romano, Colombia.
- VALENCIA ZEA, (Arturo) Derecho Civil, Bogotá, Editorial Temis, Tomo I, 1957.
- VARGAS SOTO, (Francisco Luis), Manual de Derecho Sucesorio Costarricense, San José, Costa Rica, IJSA, 5 Edición, Junio 2001.
- VODANOVICH H. (Antonio), Curso de Derecho Civil, Santiago, Chile, Editorial Nacimiento, Tercera Edición, Tomo I, Volumen I, 1961
- ZANNONI (Eduardo A. Zannoni), Derecho de las sucesiones, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 3ª edición, Buenos Aires, Argentina, 1983.

II TESIS:

- ALFARO MUÑOZ (Miguel Angel), Análisis procesal del juicio sucesorio en nuestro país, Tesis para optar por el título de licenciado(a) en derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1983.

- ALFARO SÁNCHEZ (Patricia), CAMPOS HERNÁNDEZ (Alba), VIQUEZ CERDAS (Ana Cristina), Conflicto de leyes en el derecho sucesorio, Tesis.
- ARAYA VIQUEZ (Irma María) y BOLAÑOS SALAZAR (Claudia Elena), La ineficacia del Testamento en el Derecho Sucesorio Costarricense, Tesis para optar por el título de licenciado(a) en derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 2002.
- BARAHONA MELGAR (María Isabel), OREAMUNO BLANCO (Rafael Antonio), La libertad de testar en Costa Rica, Tesis de Grado para Optar al título de Licenciados en Derecho, 1982.
- CASTILLO GUTIERREZ (María Auxiliadora), CHACON NOVOA (Ana María), MADRIGAL PACHECO (Alejandra), Inaplicabilidad de las normas de fondo y procesales, relativas al derecho sucesorios en leyes especiales, Tesis para optar por el título de licenciado(a) en derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1998.
- CORTES PEREZ (Kadir), Actuaciones Notariales Formadas en el Extranjero y sus Aplicaciones Cibernéticas, Tesis para optar por el título de licenciado(a) en derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 2002.
- GUILLEN VARGAS (Alicia), MARTINEZ GARRO (Adriana), MONTENEGRO RAMÍREZ (Andrea), Influencia del Código Civil francés en el derecho sucesorio costarricense, Tesis para optar por el título de licenciado(a) en derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 2006.
- JIMENEZ MARIN (Juan Carlos), RETANA RETANA (Andrés), Análisis histórico jurídico del proceso sucesorio costarricense y su posible reforma por el proyecto de Código Procesal General, Tesis para optar

por el título de licenciado(a) en derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 2006.

- LEIVA CHAMORRO (Manuel Enrique), Adjudicaciones judiciales y extrajudiciales de los bienes sucesorios, Tesis para optar por el título de licenciado(a) en derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1989.
- OREAMUNO BLANCO (Rafael Antonio), La libertad de testar en Costa Rica, Tesis para optar por el título de licenciado(a) en derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1982.
- RODRIGUEZ CASCANTE. (Roxana María), La interpretación del Testamento, Tesis para optar por el título de licenciado(a) en derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1986.
- RODRIGUEZ CHACON, (Cynthia), El Fideicomiso Testamentario: su realidad práctica, Tesis para optar por el título de licenciado(a) en derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1998.
- RODRIGUEZ VILLALOBOS (Leda María), Capacidad para suceder, Tesis para optar por el título de licenciado(a) en derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1987.
- SALAZAR FONSECA (Rafael A), CHAVES VILLALTA (William), Evolución, historia y fundamento de la sucesión mortis causa, Tesis para optar por el título de licenciado(a) en derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1986.
- SOLANO VEGA (Edgar), AVILA GONZALEZ (Fernando), El derecho a gananciales y el patrimonio familiar como limitaciones a la libertad de

testar, Tesis para optar por el título de licenciado(a) en derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1989.

- SOLORZANO VEGA (Edgar), El derecho a gananciales y el patrimonio familiar como limitaciones a la libertad de testar, Tesis para optar por el título de licenciado(a) en derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1989.

- WEBB MASIS (Guillermo Francisco), La adquisición hereditaria en el derecho sucesorio costarricense, Tesis para optar por el título de licenciado(a) en derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 2003.

III. REVISTAS

- TRAVIESA (Miguel), El testamento, Revista de Derecho Privado, España, Número 259, año XXII, abril, 1935.

IV. INTERNET

GLOBAL TRUST

<http://www.globaltrustfirm.com/testamentarioesp9.html>

IGNORADO

<http://www.diplomatie.be/havana/posts/es/services/notarydetail>

IGNORADO

<http://www.ar.geocities.com/doctoracalderon/bustam.doc>

IGNORADO

[-http://es.wikipedia.org/wiki/Firma_digital](http://es.wikipedia.org/wiki/Firma_digital)

IGNORADO

<http://www.micit.go.cr/docs/Ley%20de%20firma%20digital.doc>

INFORMATICA JURIDICA

[-http://www.informatica-](http://www.informatica-)

[juridica.com/trabajos/firma_digital.asp#1.%20FIRMA%20ANALÓGICA](http://www.informatica-juridica.com/trabajos/firma_digital.asp#1.%20FIRMA%20ANALÓGICA)

PARLAMENTO EUROPEO

[-http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-)

[//EP//TEXT+REPORT+A6-2006-0359+0+DOC+XML+V0//ES](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2006-0359+0+DOC+XML+V0//ES)

MEDINA GRACIELA

[-http://www.gracielamedina.com/archivos/articulos/pdf/000016.pdf.](http://www.gracielamedina.com/archivos/articulos/pdf/000016.pdf)

PODER JUDICIAL

[-http://www.poder-judicial.go.cr./sentencias_SCIJ.htm](http://www.poder-judicial.go.cr./sentencias_SCIJ.htm)