



301809
17
2ej

UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

**ESCUELA DE DERECHO
INCORPORADA A LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTONOMA DE
MEXICO**

**ANALISIS PRACTICO Y JURIDICO DEL TESTAMENTO
PUBLICO ABIERTO**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

FERNANDO CAMACHO SERVIN

**LIC. NESTOR PADILLA SOLORZANO
PRIMER REVISOR**

**LIC. JESUS MORA LARDIZABAL
SEGUNDO REVISOR**

FALLA DE ORIGEN 1995



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

**A mis Padres MARCELO JAVIER CAMACHO ARAGON(+) y
MA. ANTONIA SERVIN DE CAMACHO:**

Les dedico esta Tesis Profesional con toda la admiración, amor y cariño que un hijo les pueda corresponder, por toda esa lucha incansable, incondicional y tenaz que en lo particular dedicaron a mi persona.

Con esta Tesis Profesional quiero agradecerles y demostrarles que en realidad sus desvelos y angustias fueron con el propósito de que me superara y fuera una persona útil en la vida, para mi familia y para la sociedad, ya que con su ejemplo y amor infundieron en mí lo que quiero ser, una persona responsable y amante de la vida.

A mis hermanos ANA MARIA, JAVIER, MARIA MARCELA y LUIS ANTONIO:

Les agradezco a todos ustedes ese cariño, amor y en especial, el apoyo total y absoluto que han puesto en mi persona, en todos los momentos que he compartido con ustedes y que han transcurrido en diversos pasajes de mi vida.

Por estas simples y sencillas razones, hago de ustedes y les dedico esta Tesis Profesional, como muestra de mi agradecimiento y gratitud con la intención de que lo compartan conmigo.

A mi Esposa ISABEL ANTONIO DE CAMACHO y a mi Hija INGRID ELIZABETH CAMACHO ANTONIO:

A ti Isabel te dedico esta Tesis Profesional por tu apoyo y energia que aplicaste y has aplicado hacia mi en el ámbito profesional y familiar. Por ese apoyo que me brindaste el transcurso de 5 años de una etapa escolar y por todo el tiempo que hemos compartido juntos en todas sus épocas.

A ti Ingrid te dedico esta Tesis Profesional por que has hecho de mi directamente una persona responsable y capaz de realizar algo que hasta ahora me ha costado mucho trabajo y esfuerzo, el terminar una Carrera Profesional.

Con las exigencias y necesidades que demandan un ser como tu, influyen en mí, en el forjar el carácter y hacer de tu padre una persona responsable.

AL LICENCIADO VICTOR L. BERMUDEZ CANCINO:

Victor, te dedico esta Tesis Profesional, por ese apoyo y confianza que has tenido para hacer de mi un buen Abogado, con tus ejemplos, tus enseñanzas y que en los momentos difíciles, he contado con tu apoyo.

Igualmente, te dedico esta Tesis por que has sido un elemento fundamental para el desarrollo y consecución del mismo, ya que de mi proceso universitario a mi desempeño profesional he cambiado y madurado por ese apoyo que has aportado e inculcado en mi persona.

A los Señores VICENTE ANTONIO RASGADO, ELIZABETH OLIVARES CABRERA y a IRASEMA ANTONIO OLIVARES.

Por ese apoyo que me brindaron al inicio de mi Carrera, por ese aguante, por esa ayuda y por todo lo que ustedes ya conocen, les dedico esta Tesis Profesional, ya que ustedes han sido un gran pilar para la consecución de mis metas y fines profesionales.

Les agradezco en realidad y hago del conocimiento de todas las personas que me rodean, ese apoyo que me dieron, y ahora nos siguen dando a toda mi familia.

Al R.P. BENITO GONZALEZ GARZA:

Le dedico esta Tesis Profesional por ese gran apoyo que encontrado en usted, por ese gran interés que ha demostrado hacia los míos y principalmente por esa confianza que tiene en mi persona, ya que influyó directamente para que yo llegara a esta etapa de mi vida, mi Exámen Profesional.

**Al ING. GUILLERMO DIAZ GARCIA Y MARCELA DIAZ
GARCIA:**

**Les dedico esta Tesis Profesional por ser unas personas con una gran
calidad humana y les ofrezco este trabajo simplemente como un pequeño
agradecimiento y correspondencia a ese apoyo que me han brindado hasta
ahora.**

A las personas con las que de alguna manera he compartido una parte de mi vida y que de alguna manera directa o indirecta me impulsaron a concluir una Carrera Profesional, razón por la cual he seguido logrando las metas que me he propuesto:

DAVID REYES LICONA

ESTEBAN HERRERA LOPEZ

LOURDES RAMIREZ AGUILAR

ELIA ESCOBAR LOPEZ

I N D I C E

Págs.

Introducción.....	i
-------------------	---

C A P I T U L O I

I. ANTECEDENTES HISTORICOS.....	2
A. Derecho Romano.....	3
a) Testamento Colatis Comitibus.....	5
b) Testamento in Procinctu.....	6
c) Testamento Mancipatorio.....	7
d) Testamento Nuncupativo.....	11
e) Testamento Tripartito.....	12
1. Testamentum Militarem.....	14
2. Testamento Hecho en el Campo.....	15
3. Testamento Hecho en Epoca de Peste.....	15
4. Testamento A Pud Acta Conditium.....	16
f) Institución de Heredero.....	17
1. Situación Jurídica del Heredero.....	20
2. Clases de Herederos.....	24
* Herederos Necesarios.....	25
* Herederos Suyos y Necesarios.....	26
* Herederos Voluntarios.....	27
g) Ius Adcrecendi.....	27
h) La Sustitución.....	29
i) Legados.....	32
1. Objeto del Legado.....	33
2. Formas de Legados.....	35
* Legado Per Vindicationem.....	35
* Legado Per Damnationem.....	36
* Legado Per Praeceptionem.....	36
* Legado Sinedi Modo.....	37
B. Derecho Colonial.....	37
C. Legislación Mexicana (Epoca Independiente).....	42
a) Código Civil de 1870.....	42
b) Código Civil de 1884.....	56

C A P I T U L O II

II. FUNDAMENTO DE LA FACULTAD DE TESTAR.....	62
A. El Testamento como Acto Jurídico.....	62
a) Elementos Esenciales.....	64
b) Elementos de Validez.....	69
B. Carácter Personalísimo, Revocable y Libre del Testamento.....	75
C. Capacidad para Testar.....	80
D. Capacidad para Heredar.....	83

C A P I T U L O III

III. LEGISLACION ACTUAL, CODIGO CIVIL DE 1928.....	104
A. Exposición de Motivos.....	105
B. Clases de Testamentos.....	108
a) Testamentos Ordinarios.....	108
1. Testamento Público Abierto.....	109
2. Testamento Público Cerrado.....	110
3. Testamento Ológrafo.....	113
b) Testamentos Especiales.....	116
1. Testamento Privado.....	117
2. Testamento Militar.....	120
3. Testamento Marítimo.....	121
4. Testamento Hecho en País Extranjero.....	122
c) Testamento Público Simplificado.....	123

C A P I T U L O IV

IV. TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO EN MEXICO.....	127
A. Concepto.....	127
B. Naturaleza Jurídica.....	129
C. Formalidades.....	132
a) Intervención del Notario Público y su Responsabilidad.....	134
b) Archivo General de Notarías.....	141
D. Testamentos Irregulares.....	142
a) Testamento Nulo.....	142
b) Testamento Inoficioso.....	145

C A P I T U L O V

V. JUICIO TESTAMENTARIO.....	148
A. Procedimiento Judicial.....	148
B. Procedimiento ante Notario Público.....	152
a) Como Continuación del Procedimiento Judicial.....	152
b) Como Procedimiento Independiente.....	153
1. Radicación de la Sucesión en la Notaría.....	153
2. Adjudicación por Herencia.....	154
Conclusiones.....	156
Bibliografía.....	161

CAPITULO I

C A P I T U L O I

I.- ANTECEDENTES HISTORICOS.

El origen de toda institución jurídica debe buscarse en la historia, que es la disciplina auxiliar a la cual todo investigador debe acudir durante el desarrollo del tema que pretenda conocer. Se debe entender por evolución histórica, no una serie de pasos seguidos unos de otros, ni tampoco una serie ininterrumpida de ideas, sentimientos, actitudes, necesidades, etc., la evolución histórica es algo más que eso, es el intento del hombre en su momento determinado para encontrar soluciones a problemas impuestos por la realidad, no solo para satisfacerse en lo personal, sino para dejar una señal a sus sucesores, quienes apoyados en sus experiencias anteriores lograron horizontes que estén más allá para ellos y para los que posteriormente vengan.

Siempre, el hombre ha enfrentado un factor poco conocido para él, el factor TIEMPO, al que teme, y es probablemente, su mayor enemigo. Es así como el hombre ha recurrido a infinidad de armas para combatirlo, y ha podido medirlo, compartirlo, soportarlo, catalogarlo, dividirlo, calificarlo, transmitirlo, etc., pero lo único que no ha podido hacer, es detenerlo, y esto es lo que ha originado que el hombre no pierda la esperanza de continuar buscando nuevos caminos y soluciones.

Siendo el testamento una institución jurídica debemos pues, buscar sus orígenes en el pasado, y para eso, en el desarrollo de este tema, acudiremos a la ciencia auxiliar del Derecho, llamada Historia.

A. Derecho Romano.

En Roma se desarrolló la agricultura, la política, la milicia, y el Derecho. El romano, tomó la filosofía, el arte y la religión de los griegos y dado el carácter austero y práctico del ciudadano, planteó la problemática jurídica con visión auténticamente común o popular.

Es clara la perspectiva jurídica romana que se aparta de la tendencia religiosa-moral de anteriores culturas, y desarrolla virtuosamente el Derecho, fundamentándolo en la justicia humana, haciendo de él la base y estructura de toda su cultura.

La formación de su Derecho se va fraguando poco a poco; pero en forma definitiva; que merece un estudio especial la evolución que ha sufrido en las diversas etapas de su historia, por lo tanto, es importante que el tema que se desarrolla en este trabajo, sea estudiado en el Derecho Romano, que es la base de todo sistema jurídico mexicano.

Durante la evolución del Derecho Romano, encontramos varias clases de testamentos, algunos sustituían a otros, o bien, que se utilizaban indistintamente en la misma época.

Es importante saber que era para los romanos el testamento: "El Testamento Romano es el acto solemne por el cual una persona instituye a su o sus herederos. Es una manifestación de última voluntad, es decir, un acto esencialmente irrevocable."(1)

Para Ulpiano: "Testamentum est mentis nostrae justa contestatio, in id solemniter facta, ut post mortem nostram valeat. Una afirmación justa de nuestra mente hecha en forma solemne para que valga después de la muerte."(2)

Sin duda alguna, el testamento romano, era la disposición solemne de última voluntad que contenía la institución de uno o varios herederos. Todos los testamentos que hubo en el Derecho Romano exigían alguna solemnidad y además debía instituirse heredero o herederos, ya que si no se hacía tenía un defecto jurídico, o era ineficaz. "La institución de uno o mas herederos era un elemento indispensable del testamento romano, el caput et fundamentum testamenti, la cabeza y la base del testamento. Si la institución de heredero faltaba, o tenía un defecto jurídico, o no era eficaz en vista de la repudiación hecha por el heredero, o a causa de la muerte previa del heredero, todas las demás disposiciones del testamento romano quedaban igualmente sin eficacia, en tal caso, eran nulos los legados,

(1). MARGADANT S., Guillermo Floris.- Derecho Romano.-Editorial Esfinge. 18a. Edición. México, D.F., 1992. pág. 462.

(2). DE IBARROLA, Antonio.- Cosas y Sucesiones.-Editorial Porrúa. 5a. Edición. México, D.F., 1981. pág. 549.

fideicomisos, desheredaciones, manumisiones, designaciones de tutores y curadores, etc."(3)

Ya sabemos que el Testamento Romano era un acto solemne, veamos cuantas y cuales fueron las formas de Testamentos en el Derecho Romano:

a) **Testamento Colatis Comitibus.** Esta forma de testamento nace durante el Derecho Preclásico y era la forma en que se podía testar en tiempo de paz.

El Testamento Colatis Comitibus se hacía ante los Comicios y únicamente se podía otorgar dos veces al año, el 24 de marzo y el 24 de mayo.

Ante la poca difusión del arte de leer y escribir, hubo de ser necesaria la forma oral en la formación de los actos jurídicos y así, para hacer el testamento, el jefe de familia declaraba ante los comicios, a quien elegía por heredero, lo que no es muy claro, por la falta de documentación es, si este testamento tenía carácter de Ley o no, pues no se sabe si los Comicios eran únicamente testigos o si podían rechazar o aprobar el testamento.

El jefe de familia declaraba delante de los Comicios reunidos, a quien elegía por herederos, dando los Comicios su aprobación a esta elección, lo cual hacía del testamento una verdadera Ley. ¿Eran libres las curias de ratificar o de rechazar

(3). MARGADANT, Guillermo Floris.- Ob. Cit.- pág. 463.

las disposiciones testamentarias que le estaban sometidas?. Es una cuestión algo oscura, difícil de resolver de una manera cierta, por falta de documentos."(4)

b) Testamento In Procinctu. Esta clase de testamento surgió paralelamente al testamento "Colatis Comitibus", y se podía hacer únicamente por los soldados y antes de entrar en campaña.

El soldado que quería hacer su testamento antes de entrar en combate, lo hacía declarando su última voluntad a sus compañeros de armas que representaba a la asamblea del pueblo.

Esta clase de testamento, en ocasiones podía ser utilizada por los militares para protestar en contra de órdenes que podían poner en peligro sus vidas.

"El Testamento "In Procinctu" consistía en que, antes de iniciarse una batalla, se permitía a los soldados que hicieran su testamento tomando por testigos a sus compañeros de armas. Esta ceremonia tenía a veces, el papel de una discreta protesta de los soldados contra órdenes de sus superiores, insensatamente peligrosas."(5)

(4). PETIT, Eugene.- Tratado Elemental de Derecho Romano.- Editorial Porrúa. 9a. Edición. México, D.F.. 1992. pág. 514 y 515

(5). MARGADANT, Guillermo Floris.-Ob. Cit.- pág. 467

c) Testamento Mancipatorio. Los dos testamentos hasta aquí estudiados, presentaban un problema, como solamente se podía hacer dos veces al año, o bien antes de entrar en campaña, el jefe de familia que no tenía oportunidad de hacer su testamento en algunas de esas dos ocasiones, obviamente moría intestado, así los romanos buscaron una forma de subsanar esa problemática, y es así como nació el Testamento Mancipatorio, o Testamento Per Aes Et Libram.

Esta nueva forma de testamento no vino a sustituir al Colatis Comitibus, ni al Testamento In Procinctu, sino que surgió como una solución, pero los anteriores no desaparecieron, además se quería acabar un poco con la amplia publicidad de que gozaban aquellas dos formas de testar.

"Al lado de estos dos testamentos, que solo podían hacerse dos veces al año, o al iniciarse una batalla, los romanos buscaron otras formas testamentarias que pudieran utilizar en cualquier momento, y así se introdujo el Testamento Mancipatorio o el Testamento en forma de contrato."⁽⁶⁾

Se puede decir que esta forma de testamento era eso, un testamento pero disfrazado, ya que el testador lo que hacía era vender al heredero todo su patrimonio, lo podía vender en un centavo, pero surtía sus efectos hasta la muerte del testador. Esto se hacía con todas las formalidades de la mancipatio, es decir, se hacía en presencia del portabalanza y de cinco testigos. La persona que adquiría el

(6). MARGADANT, Guillermo Floris.-Ob. Cit.- pág. 467

patrimonio recibía el nombre de *Familiae Emptor* y era el heredero, se puede decir que era el comprador-heredero.

"Aquél que no había hecho testamento ni *Colatis Comitibus*, ni *In Procinctu*, y sentía su próximo fin, llamaba a un amigo y le mancipaba su patrimonio en presencia del portabalanza y de cinco testigos, rogándole que cumpliera con sus disposiciones para cuando muriera. El adquirente del patrimonio es el *Familiae Emptor*, que ocupaba el lugar del heredero."(7)

Como ya se dijo, esta *mancipatio* surtía sus efectos hasta la muerte del testador y además este podía imponer al *Familiae Emptor*, algunos deberes como el de repartir parte de los bienes entre los terceros, que serían legatarios.

"El padre de familia que no había podido testar *Colatis Comitibus*, y sentía su próximo fin, mancipaba su patrimonio a un amigo, encargándole oralmente de ejecutar las liberalidades que destinaba a otras personas."(8)

Esta forma de testar que surgió para que la persona que no había tenido oportunidad de hacerlo en la época que podía efectuarse *Colatis Comitibus* o *In Procinctu*, lo hiciera. Tenía solamente esa ventaja, pero tenía también desventajas que son las que menciona Guillermo Floris Margadant.

(7). BRAVO VALDEZ, Beatriz y BRAVO GONZALEZ, Agustín.- Segundo Curso de Derecho Romano.- Editorial Pax México. México, D.F.. 1988. pág. 213

(8). Ob. Cit.- 215

"Este Testamento tenía la ventaja de poder hacerse en cualquier momento, pero sus inconvenientes eran:

a) Ser irrevocable. Como acto bilateral, no podía anularse por la voluntad unilateral de las partes.

b) Ir acompañado de una amplia publicidad, cosa poco deseable en materia sucesoria. Como siempre salían perjudicados algunos herederos legítimos estos podían vengarse, amargando con ello los últimos años o días del testador."⁽⁹⁾

Además de estas dos desventajas que menciona Margadant, existe una tercera, y es que el Familiae Emptor o heredero, no podía ser hijo del testador, ya que la mancipatio no podía realizarse entre padres e hijos.

"Esta forma de testar no podía usarse con el hijo por no ser posible entre este y el padre la mancipatio y parece que el testador no tenía medio jurídico de revocarlo si cambiaba de opinión."⁽¹⁰⁾

En virtud de estos inconvenientes, los romanos buscaron la manera de perfeccionar esta forma de testar, y así nació el testamento per aes et libram perfeccionado, y de esta nueva forma de testamento hizo caer en desuso todas las anteriores.

(9). MARGADANT, Guillermo Floris.- Op. Cit.- pág 468

(10) Ob. Cit.- pág. 213

Las características de este Testamento son que ya no se hace oralmente, sino que se hace mediante un escrito llamado Tabulae Testamenti, además el Familiae Emptor ya no era el heredero, sino un simple depositario de los bienes para entregarlos al heredero a la muerte del testador. Para el mejor estudio de este testamento sigamos literalmente a Eugene Petit:

"El Testamento Per Aes Et Libram, comprendió desde entonces dos opciones distintas:

a) La Mancipatio. Las palabras pronunciadas por el Familiae Emptor se modificaban: declaraba comprar el patrimonio; no era para guardarle sino a título de depositario y para prestarse a la confección del testamento.

b) La Nuncupatio, o declaración que hace el testador teniendo en la mano sus tablillas, que contienen el nombre del heredero y el conjunto de sus disposiciones testamentarias. En la práctica hacía conocer con frecuencia al heredero; pero también podía guardarse el secreto. Esta Nuncupatio era la parte principal del testamento, pues la mancipatio no intervenía más que para la forma, *dicis gratia*; aunque íntimamente ligadas una a la otra, estas dos formalidades debían cumplirse en un contexto, es decir, sin ser interrumpidas por un acto extraño al testamento."⁽¹¹⁾

Vemos como desaparece la publicidad que tenía el testamento y se vuelve más privado, como un acto más personal.

⁽¹¹⁾ PETIT, Eugene.- Ob. Cit.- pág. 515 y 516

El *Familiae Emptor* se convierte en una especie de albacea, recibía las *tabulae* cerradas y firmadas por los cinco testigos, las tablas indicaban quienes eran los herederos y quienes los legatarios, y como el *Familiae Emptor* las recibía cerradas, el testador solamente sabía quienes eran los herederos, ya que ni siquiera los testigos lo sabían, pues se les invitaba a leerlas por cortesía, pero ellos también por cortesía no lo hacían.

d) Testamento Nuncupativo. Esta cuarta forma de testamento no se sabe con precisión cuando apareció en el Derecho Romano, pero es muy probable que haya surgido después del testamento *Per Aes Libram* perfeccionado, y que consistía únicamente en que el testador en presencia de siete testigos, declaraba oralmente a quienes designaba como herederos, y las disposiciones de su última voluntad que debían realizarse después de su muerte. Haciendo un testamento Nuncupativo, el testador tenía menos garantías de que se cumpliera su última voluntad, que si hiciera un *Per Aes Et Libram* perfeccionado, pues en aquél no existía ningún escrito y en este sí; pero existía la ventaja de que se hacía de una forma más expedita.

"En una época incierta, pero seguramente posterior al perfeccionamiento del testamento *Per Aes Et Libram*, fue admitido en Derecho Civil, que un ciudadano pudiese testar oralmente, con la ayuda de un simple nuncupatio, declarando en alta voz el nombre del heredero y sus últimas voluntades delante de siete testigos."(12)

(12). Ob. Cit.- pág. 516

e) Testamento Tripartito. Este testamento, surgió en la Epoca del Bajo Imperio, en la era de los emperadores Teodosio II y Valentino III, su nombre se debe a que toma de tres fuentes distintas del Derecho Romano las disposiciones y formalidades a que debe sujetarse su otorgamiento.

Las tres fuentes que sirven de base al Testamento Tripartito, son de Derecho Civil Antigüo, el Derecho Pretorio y las Constituciones Imperiales.

"El Testamento Tripartitum, que deriva de tres fuentes y consta de tres partes; del Derecho Civil Antigüo, del Derecho Pretorio y de las Constituciones Imperiales."(13)

Las formalidades a que debía sujetarse el testamento tripartito son:

- a) Debe ser escrito por el testador en tablillas.
- b) Debe ser ante siete testigos a los que se les presentarán las tablillas y quiénes firmarán, y si el testador quería guardar el secreto de quién o quiénes eran sus herederos, presentaba las tablillas solo en parte.
- c) Debía hacerse en un solo acto.

(13). BIALOSTOSKY, Sara. Panorama del Derecho Romano. - Editorial U.N.A.M. 8a. Edición. México, D.F.1982. pág. 221

d) Se debían cerrar las tablillas y en la cubierta debía de poner un sello el testador, y los siete testigos; y además cada testigo ponía su nombre.

Del Derecho Civil Antiguo se toma la presencia de los siete testigos, y el que todo se debía hacer en un solo acto (uno contextu); del Derecho Pretorio se toma el número de los siete testigos; los sellos y la adscriptio, que era que los testigos pusieran su nombre en la cubierta del testamento; y finalmente de las Constituciones Imperiales, se tomó la Suscriptio, que era el hecho que tanto los testigos como el testador, debían firmar el testamento.

"He aquí las reglas de la Suscriptio:

1. Debe ser uno contextu, es decir, en un solo acto.
2. Exige la presencia de siete testigos que pongan un sello y al lado su nombre, disposición tomada del Derecho Pretorio.
3. Estos testigos deben haber sido convocados con el fin especial de figurar en el testamento, recuerdo del Derecho Primitivo, cuando los Comicios no podían estatuir sobre un testamento más que en virtud de una convocatoria especial.
4. Finalmente el testamento debe llevar interiormente la firma -suscriptio- del testador y cada testigo; esta formalidad introducida por Teodosio El Joven, es lo

que constituye el nuevo elemento del testamento tripartitum."(14)

Este testamento contenía más formalidades que los anteriores, se tenían que cumplir con más requisitos para poder otorgarlo, pero en situaciones muy especiales se podía prescindir de alguno o de algunos de ellos, y es así como se crearon los testamentos que la doctrina llama "Testamentos Straordinari."

I. Testamentum Militarem. Los soldados, en materia de sucesiones, siempre tuvieron toda clase de privilegios, y en cuanto al Testamento Tripartito no era la excepción, pues los militares no tenían que seguir ninguna de las formalidades que se exigían para otorgar este testamento, pero esto no quiere decir que no tuvieran que seguir alguna solemnidad.

Las únicas formalidades que tenía que seguir el soldado para hacer su testamento, es que debía ser ante un solo testigo, que no podía ser un compañero de armas; y en cuanto a la forma, podía ser de dos maneras; o bien lo escribiera con su sangre sobre su escudo, o bien, trazando su última voluntad con la punta de su espada sobre la arena.

"El Testamentum Militare podía hacerse con sangre dentro del escudo o con la espada en la arena. Bastaba un solo testigo".(15)

(14). Op. Cit.- pág. 214

(15) MARGADANT S., Guillermo Floris.- Ob. Cit.- pág. 469

Este testamento no podía hacerse durante toda la vida del militar que lo otorgara, si no que al principio, en la Epoca Clásica, sólo podía otorgarse durante todo el tiempo que durara el soldado en servicio, después, Justiniano lo limitó y el privilegio se concedía únicamente durante el tiempo que estuviera el militar en campaña.

Respecto al tiempo de vigencia del testamento, era un año después de que el soldado hubiera sido licenciado, es decir, que se hubiera separado honrosamente del ejército, pero si era despedido, en ese momento quedaba invalidado.

2. Testamento Hecho en el Campo. Los testamentos que se otorgaran en un lugar que careciera de población, o que hubiera pocos ciudadanos libres, debía ser realizado con todas las formalidades que requería el Testamento Tripartito, con la única excepción de que en lugar de siete testigos, bastaba que fueran cinco, esto precisamente, por la dificultad que se presentaba de encontrar ciudadanos libres que pudieran fungir como testigos.

3. Testamento Hecho en Epoca de Peste. Posiblemente una de las enfermedades mas terribles en Roma, era la peste, esto por el alto número de vidas que cobraba, ya que era sumamente contagiosa, y podía llegar a acabar con ciudades enteras, ya que la medicina era muy pobre para poder encontrar algún medio de cura.

Cuando esta epidemia azotaba a la población, las formalidades con que debía ser otorgado el testamento no sufrían más que una alteración y era, precisamente para evitar contagios, y consistía en que los testigos podían acudir a firmar sucesivamente, es decir, de uno en uno, de tal forma que en la época en que había peste, el testamento no debía hacerse en un solo acto (uno contexto), sino que podía realizarse en varios actos, es decir, cada vez que un testigo se presentaba a firmar el testamento y poner su sello y nombre en la cubierta.

4. Testamentum Apud Acta Conditium. Como el testador era libre de instituir heredero a quien él quisiera, y era él quien guardaba el testamento una vez satisfechas todas las formalidades, existía un peligro y era el hecho de que alguna persona que tenía derecho a suceder por la vía legítima a la muerte del testador, lo destruyera y así asegurar su carácter de heredero. Podía existir la posibilidad de comprobar por medio de los testigos que si existió un testamento, pero lo que no se podía comprobar era quien o quiénes eran los herederos o legatarios instituidos en él, o si la destrucción del testamento había sido por el mismo testador.

Para asegurar que la última voluntad del testador se llevara a cabo sin ningún entorpecimiento, nació el Testamentum Apud Acta Conditium, que era el que, después de otorgado, se depositaba en poder de alguna autoridad, y así, si el testamento era destruido por el testador, entonces si constaría, ya que para hacerlo debía pedirselo a la autoridad que lo tuviera en su poder.

La autoridad ante quien se depositaba el testamento, era una autoridad con fe pública, y además, esta autoridad intervenía en la elaboración del testamento.

"Así surge el Testamento Apud Acta Conditium, hecho con la intervención de alguna autoridad de fe pública y conservado por ella en sus archivos."(16)

f) Institución de Heredero. La parte medular del testamento romano, de la Institución de Heredero, si no existe esta, el testamento no existe, es un elemento esencial. Durante todo el Derecho Romano, en todas las diferentes formas del testamento, debía de existir la institución de por lo menos un heredero, ya que si no se nombraba un sucesor, era como si no se hubiere otorgado el testamento y el autor de la sucesión hubiese muerto intestado.

"La institución o designación de un heredero en un testamento, constituye la parte esencial del mismo: Caput et fundamentum totius testamenti heredis institutio. Si la institución es nula caía el testamento".(17)

(16). Ibidem.- pág. 470

(17) VENTURA SILVA, Sabino.- Ob. Cit.-pág. 221

El testador podía designar heredero a quien él quisiera, ya fuera libre o esclavo, pero si era libre, debía ser ciudadano romano, en virtud de que los peregrinos y los que padecían capitis-diminutio, máxima o media, no podían serlo. Por otra parte, si el heredero era esclavo, debía serlo del propio testador y a los siervos que se nombraban herederos, llevando implícita esa institución la libertad, y si el esclavo era ajeno, es decir, que no pertenecía al testador, entonces no se le otorgaba la libertad, ya que la designación no se hacía por el esclavo, si no por su amo.

"Pueden ser instituidos herederos así los libres como los siervos. Estos, si son del testador, deben serlo con libertad, lo cual se presume se le da con el hecho de instituirlos, más si son ajenos, aun sin ella, por que el nombramiento se hace entonces en consideración a su amo, por cuyo mandato adquirirían la herencia."(18)

La forma de instituir al heredero debía tener ciertas solemnidades, las cuales fueron cambiando con el tiempo, en el Derecho Antiguo, y en la Epoca Clásica, fue cuando era más formalista la designación del heredero, ya que debían usarse determinadas palabras para hacerlo, y si se usaban otras, aunque quisieran decir lo mismo, se tenía por no hecha la designación. Además de esto, la designación debía ponerse en primer lugar, es decir, al principio del testamento, ya que antes del nombramiento del heredero no podía haber nada escrito, a no ser que fuera la

(18). HEINECCIO, J.- Elementos de Derecho Romano.- Librería del Garnier Hermanos. Edición. 1851. Paris, Francia. pág. 201

designación de un tutor, o bien que se desheredara a alguien, esto era lo único que podía escribirse antes del nombramiento del heredero; si se ponía alguna otra cosa, se tenía por no puesta.

Durante el Bajo Imperio, desapareció la formalidad de las palabras que se tenían que usar, ya que se podía hacer la institución en cualquier término, siempre y cuando fuera clara, además, el lugar en el que se hiciera la designación no importaba ya, mientras se nombrara un heredero, no importaba si fuera al principio o al final.

La Institución de Heredero podía ser pura y simple, o bien, podía estar acompañada de una condición, o de un plazo, pero para que esa condición o plazo fueran válidos debían ser inciertos, no obstante, si se ponía una carga al heredero consistente en una condición o plazo cierto, esto no afectaba en nada, ya que se tenía por no puesto.

"Del mismo principio se sigue que el heredero puede ser instituido o puramente, o bajo de condición: pero no desde cierto día, o hasta cierto día. Por lo cual si se prefija día se tiene por no puesto, a no ser que sea incierta su existencia, pues entonces se considera como condición."(19)

(19). Ob. Cit.- pág. 204 y 205

1. Situación Jurídica del Heredero. El heredero instituido a la muerte del testador, recibía a título universal la sucesión, que comprendía todo el conjunto de bienes, créditos, deudas del de cujus, trayendo esto como consecuencia que el heredero entrara a la situación jurídica del testador, habiendo por supuesto, algunas diferencias mismas que señala Guillermo Floris Margadant, a quién seguiremos textualmente:

"1. Diversas facultades que tuviera el de cujus con fundamento en el derecho de personas se extinguían con la muerte del autor de la herencia (el heredero no continuaba la tutela que desempeñaba el difunto, no ejercía la patria potestad que poseyera el difunto, no se convertía en marido de la viuda, etc.).

2. Diversos derechos reales se extinguían con la muerte del titular (usufructo, uso, habitación).

3. Diversas relaciones contractuales se extinguían con la muerte, tales como el mandato, la sociedad, el contrato de hospedaje; también la posición jurídica del obrero terminaba con su muerte. Y aunque otras relaciones como la de ARRENDAMIENTO no terminaban en forma automática con la muerte del sujeto; el contrato respectivo podía prever, por ejemplo, la extinción de los derechos y los deberes del arrendatario por la muerte de este.

4. Algunas facultades procesales se extinguían por la muerte del interesado (la facultad de denunciar el delito de difamación o de presentar algunas otras denuncias vindictam aspirantes, orientadas a la venganza o basadas en lesiones de amor propio).

5. En algunos casos el heredero recibía también una mejor posición jurídica de la que le había correspondido al de cujus. Por ejemplo, las acciones por multas privadas que amenazaban a este, no podían ejercerse contra aquél.

6. Por "confusión", se extinguían los créditos del de cujus contra el heredero, o las deudas del mismo para con el heredero.

7. También por legados, manumisiones, fideicomisos e impuestos sobre herencias, el heredero recibía menos de lo que le correspondía al patrimonio del de cujus.

En relación con los puntos 4 y 5, una vez que el proceso penal había llegado a la litis contestatio, el heredero podía continuar el pleito iniciado por el de cujus, y tenía que continuar el pleito iniciado contra el de cujus."⁽²⁰⁾

Ahora bien, hemos dicho que el heredero recibía a título universal toda la sucesión. ¿Que sucedía si un jefe de familia moría y únicamente había instituido uno o varios herederos, respecto de parte de sus bienes?, la respuesta a esta cuestión es muy simple, como nadie podía morir parte testado y parte intestado, el heredero designado de parte de los bienes recogía toda la herencia.

(20). Op. Cit.- Pág 478

"Habiendo instituido un solo heredero, este heredero tiene derecho a la totalidad de la sucesión, recogiéndola toda entera, no solamente si está instituido por el todo, sino también si él no está instituido más que por una parte. Es en efecto, una regla ya citada que nadie puede morir parte testado y parte intestado. De manera que si hay un heredero testamentario, los herederos Ab Intestato, no pueden concurrir con él, y recoge todo, sea cual fuere la parte asignada por el testador."(21)

Por otra parte, si el testador designaba un solo heredero, no había problema, pues el recogía toda la herencia, pero si designaba varios herederos, podían presentarse dos situaciones:

A. Si el testador estipulaba que porcentaje correspondía a cada heredero, tampoco había problema, pues cada uno recogía su parte.

B. Si el de cujus no había designado su parte a cada heredero, entonces se dividía la sucesión por partes iguales y cada heredero hacía suya una de ellas, que era igual a la de los demás.

"Respecto a las personas, el testador podía instituir a una sola persona o a varias. Si es una sola la designada, esta recoge la totalidad de la sucesión. En caso de ser varios los herederos, cada uno de ellos tenía derecho eventual a la totalidad de la sucesión, pero ese derecho se hallaba limitado por igual derecho de los demás

(21). PETITI, Eugene.- Ob. Cit.- pág. 527

(concurso partes fiunt). Si el testador no asignaba a cada uno de ellos una porción determinada, entonces se presumía que su intención había sido instituirlos por partes iguales. También podía designar a los herederos partes iguales de la herencia".(22)

En cuanto a la capacidad del instituido para heredar, debía tenerla al momento en que se otorgara el testamento, ya que el autor de la sucesión debía tener una idea clara y precisa del heredero, pues debía designar a una persona a la que pudiera apreciar sus cualidades; por esta razón, eran incapaces de heredar:

- Los hijos póstumos que no habían nacido al momento de otorgarse el testamento. Si su esposa estaba encinta, tampoco podía instituir al hijo; eso tenía un inconveniente, ya que al nacer el niño, el testamento ya no servía, ya que ese hijo era un heredero suyo, a quién se debía nombrar sucesor. Se buscó una solución a este problema, y el Derecho Civil, la encontró permitiendo al pater familias desheredar o instituir a los hijos póstumos, pero la incapacidad subsistía para los hijos póstumos de extraños, lo cual no afectaba al testamento, por no ser herederos del testador.

- También eran incapaces para heredar las personas morales, como las Iglesias, Asociaciones, etc.

(22). Op. Cit.- pág. 223

"Sin embargo, como consecuencia de una evolución jurídica interesante, se admitió que fueran instituidas por sus libertos, y en el Derecho Cristiano, desde Constantino hasta Justiniano, se permitió la institución directa del Estado, las Ciudades, la Iglesia y las Fundaciones Pías. Finalmente, Justiniano, reconoció capacidad para ser instituidas herederas a todas las Corporaciones."(23)

- Las mujeres tenían una incapacidad relativa ya que podían ser instituidas por cualquier ciudadano, con excepción de los ciudadanos de primera clase, que eran aquellas personas que tenían una fortuna de por lo menos cien mil ases, esto era con la finalidad de evitar que las mujeres llegaran a tener una riqueza excesiva.

2. Clases de Herederos. Con la finalidad de evitar que un jefe de familia muriera intestado, lo cual se podía considerar deshonroso en la sociedad romana, el derecho buscó la forma de proteger a los ciudadanos, ya que estos podían, aún habiendo hecho testamento, morir intestados, y así los herederos fueron clasificados en dos grandes grupos: herederos necesarios y herederos voluntarios, dividiéndose a la vez el primer grupo de ellos, en herederos necesarios, y herederos suyos y necesarios.

(23). Idem.- pág. 222

Analicemos cada uno de ellos individualmente.

* **Herederos Necessarios.** Este primer grupo de herederos, son aquellos que tienen la obligación de aceptar la herencia, es decir, no se les pregunta si la aceptan o no, simplemente adquieren la sucesión por el solo hecho de estar vivos y ser capaces, sin importar su posición dentro de la sociedad.

Así pues dentro de esta primera clasificación, se encuentran los esclavos que eran instituidos por el testador, y que por ese hecho era manumitidos, es decir, en virtud del testamento, adquirirían la libertad y se convertían en herederos.

"La sucesión la adquiere de pleno derecho, aún sin su consentimiento ni mal que le pese. Este resultado se produce a la muerte del testador, si el esclavo ha sido manumitido e instituido pura y simplemente; y a la llegada de la condición, si la institución o manumisión son condicionales."(24)

Así se resolvió el problema que se presentaba cuando el testador moría insolvente, pues si ocurría esto, lo más seguro era que el heredero que dejara no aceptaría la herencia y entonces se consideraba que había muerto sin heredero, y sus bienes se venderían en favor de sus acreedores, haciendo esto recaer sobre su memoria una nota de infamia. Dejando el de cujus a alguno de sus esclavos como heredero, resolvía la situación, pues este no podía repudiar la herencia, ya que se le estaba otorgando su libertad.

(24). PETIT, Eugene.- Op. Cit.- pág 544

Únicamente existía un requisito, ya mencionado, era que el autor de la sucesión, manumitiera voluntariamente en el testamento del esclavo, ya que si lo había hecho en vida, o en el mismo testamento por obligación, no se le imponía que aceptara la herencia y se consideraba como un heredero voluntario.

Pero existía otro problema, si las deudas eran mayores a los bienes, el heredero tenía que pagar aquellas con sus propios bienes, pero los esclavos, lógicamente, no los tenían, entonces los acreedores podían vender el patrimonio que formaba la herencia, cayendo de todas formas la nota de infamia sobre la memoria del testador.

El Pretor solucionó esto, autorizando al esclavo libre y heredero a pedir la *Bonorum Separatio*, que consistía en no mezclar la herencia con el patrimonio del heredero, y así, las deudas eran pagadas hasta donde alcanzara la masa hereditaria, y todo lo que el heredero necesario hubiere ganado ya siendo libre, le seguía perteneciendo.

* **Herederos Suyos y Necesarios.** A estos por estar dentro del grupo de los herederos necesarios, también se les imponía la herencia, no era necesario que otorgaran su consentimiento para adquirirla.

Dentro de esta segunda clasificación, se comprende a todas aquellas personas que hayan estado bajo la patria potestad, o a la manus del testador, convirtiéndose, por el fallecimiento de este en *sui juris*.

A estas personas se les consideraba dentro de este grupo, por que se suponía que unicamente conservaban lo que ya les pertenecía.

"Este resultado se justifica por su calidad de Herederos Suyos, y no tienen por que aceptar ni rehusar la sucesión, por que no hacen mas que conservar los bienes sobre los cuales ya tenían una especie de copropiedad, como miembros de la familia civil. Son por decirlo así, sus propios herederos: heredis sui". (25)

* **Herederos Voluntarios.** Dentro de este segundo gran grupo de herederos, tercera clasificación, se encuentran todas las demás personas que no se hayan comprendido en las clasificaciones anteriores, es decir, todas las personas capaces para heredar, que no estuvieren bajo la patria potestad del testador y se llaman voluntarios, por que estos sí tienen el derecho de aceptar o rehusar la herencia voluntariamente. Era necesario que dieran su consentimiento para que se les aplicara la sucesión.

g) Ius Adcrendi. Este Derecho de acrecer, se da cuando varios herederos instituidos, esto es, dos o más, y una más de ellos no entraba por alguna causa, la que fuere, sus porciones resultaban en beneficio de los demás herederos, los que sí entraban en la herencia.

(25). Ob.. Cit.-pág. 545

Por ejemplo, si una persona instituía cinco herederos por partes iguales, cada uno recibiría una quinta parte de la masa hereditaria, pero si dos de ellos no entraban en la sucesión, ya por repudiarla, por ser incapaces, por haber muerto antes que el testador, o sin haber aceptado la herencia, entonces sus partes se repartirán entre los otros tres herederos, y estos herederían una tercera parte de cada uno.

Este *Ius Adcrecendi*, se da únicamente si no hubo adición, es decir, si el heredero no entró a la herencia, pues si este llegaba a aceptar la herencia, y después moría, entonces su parte no acrecerá la de los demás, sino que pertenece a sus herederos.

"Si entre varios herederos algunos han repudiado la herencia, o no han podido hacer adición de ella por muerte o por cualquier otra causa, su parte acrece a los que han hecho adición, pero si después de la adición muere, pasan sus derechos a sus herederos."(26)

Para que un heredero tuviera derecho a que su parte se acrecentara con la del heredero que no había entrado en la sucesión, era necesario que aquél no hiciera adición, es decir, se necesitaba que no aceptara la herencia.

(26). BRAVO VALDEZ, Beatriz y BRAVO GONZALEZ, Agustin.- Op. Cit.- pág. 230 y 231

h) **La Sustitución.** Con el fin de asegurar que una persona al morir, aún habiendo hecho testamento, tuviera heredero, ya que podía ser posible que el instituido no aceptara la herencia, o que muriera antes de poder hacerlo, o bien si se sustituía a un hijo impúber y este fallecía intestado por no haber alcanzado la pubertad, y por lo tanto el testador quedaba sin heredero, entonces, se establecieron las instituciones.

- "Sustitución es la institución de un segundo, tercero, cuarto o más herederos para el caso de que falte el primero."(27)

- **Sustitución Vulgar.** Es ésta la más común, de ahí su nombre de vulgar, ya que consistía en que se designara a un heredero para el caso de que al que instituyere en primer lugar, no aceptare la herencia; Por ejemplo: el de cujus, instituía a "A" como heredero, y para el caso de que por alguna causa ese nombramiento resultara ineficaz, nombraba a "B" para que sustituyera a "A".

De esta forma se aumentaba la posibilidad de que el testador no falleciera sin dejar heredero, pues si uno no lo aceptaba, lo captaría el siguiente, pero no se aseguraba tener un sucesor al morir, ya que podía ser que todos rehusaran la herencia, por lo que generalmente se nombraba a un esclavo como heredero sustituto, y como era heredero necesario no podía rehusarla.

(27). HEINNECCIO, J.- Ob. Cit.- pág. 209

- Sustitución Recíproca o Mutua. Esta Sustitución, es una modalidad de la anterior y también es llamada sustitución breviloqua o compendiosa, y consistía en que el testador instituía a varios herederos y después los sustituía entre ellos, es decir, designaba a 1, 2 y 3, después designaba a 2 y 3 como sustitutos de 1, a 1 y a 3 como sustitutos de 2, así, si uno de ellos faltaba los otros recogían su parte en la proporción de sus porciones.

"El heredero que recoge la parte del que faltaba, la adquiere cum onere, con todas las cargas de que está gravada, puesto de que era un llamamiento nuevo y aceptaba todas sus consecuencias."(28)

- Sustitución pupilar. "Es la institución hecha a los hijos impúberes que están bajo la patria potestad del testador y que muerto este no han de recaer bajo la de otro, para el caso de que todavía sigan siendo impúberes."(29)

La sustitución la hacía el jefe de familia en su testamento y consistía en que instituía a su hijo impúber como su heredero, y en el mismo testamento designaba otro heredero para sustituir a ese impúber, y para el caso de que éste falleciera antes de llegar a hacer su propio testamento. Era requisito indispensable que fuera su hijo y que estuviera bajo su patria potestad.

(28). VENTURA SILVA, Sabino.-Ob. Cit.- pág. 224

(29). HEINNECCIO, J.-Op. Cit.-pág. 212

En la Epoca Clásica cambió la forma de hacer la sustitución popular, realizándola en dos documentos diferentes, el pater familia hacia su testamento designando a su hijo impúber heredero, y en otro documento, hacia el testamento de su hijo, nombrándole heredero, pero este segundo documento solo era válido, si lo era también el que había otorgado el pater familia.

En vista de que el heredero debía estar sujeto a la patria potestad del testador, la sustitución pupilar solamente podía hacerla el padre, y no la madre, quién únicamente podía sustituir a su hijo impúber por medio de la sustitución vulgar, ya que no estaba bajo su patria potestad, sino solamente bajo la de su padre.

Esta clase de sustitución dejaba de surtir efectos si el hijo era emancipado antes de la muerte del testador, o si llegaba a la pubertad, en virtud de que dejaba de estar sujeto a la patria potestad, también cesaba, si el testamento del padre era inválido, pues no era más que una consecuencia de este documento.

- Sustitución Cuasi Pupilar. Aparece con Justiniano y era igual que la anterior, pero se usaba para designar sustituto al heredero loco. No era necesario que el furiosus estuviera bajo la patria potestad del testador, por lo tanto, las mujeres también podían realizarla.

Podían los padres del loco, después de haberle nombrado heredero, designarle a él un sustituto, el cual, debía ser en primer lugar descendiente del demente, si no

tenía, se buscaba entre sus hermanos y hermanas, y a falta de éstos, entonces el ascendiente del loco podía escoger libremente a quien debía sustituirle.

El sustituto podía únicamente recoger la herencia si el loco había fallecido en esa circunstancia, y sin haber otorgado testamento, ya que si la locura desaparecía la sustitución ya no surtía efectos.

i. Legados.

La definición que nos da Justiniano de legado es "legatum itaque est donatio quaedam a difuncto relicta: legado es pues una especie de donación dejada por el difunto."(30)

Mientras que el heredero adquiere la sucesión a título universal, es decir, recibe el patrimonio del de cujus en su totalidad, el legatario adquiere a título particular, es decir, únicamente se le entrega una parte específica, que el testador le haya designado.

"El legado es la disposición hecha por el testador en un testamento o codicillo adjunto a aquél, en el cual se asignaba a determinada persona cierta cantidad del patrimonio, sin conferirle el título de heredero."(31)

30. VENTURA SILVA, Sabino.-Ob. Cit.- pág. 239

31. BIALOSTOSKY, Sara.-Op. Cit.- pág. 225

A diferencia de la institución de heredero, en la que solamente intervienen dos sujetos, el de cujus y el propio heredero, en esta figura del legado, intervienen tres personas, el que ordena el legado, llamado causante o disponente (de cujus), la persona a quien se ordena ejecutar el legado, llamado gravado (heredero) y por último, aquél a cuyo favor se deja el legado, llamado beneficiario, (legatario).

1. Objeto del Legado. Nos referimos a las cosas que pueden ser legadas, es decir, a los objetos materiales o inmateriales, que podían ser dejados a título particular a alguna persona. Basándose en las cosas que se podían legar, la doctrina ha denominado a los legados de la siguiente forma:

- Legado de cosas corporales in genere (legatum Géneris).- Consistía en bienes fungibles, genéricos. En este caso, correspondía siempre al legatario escoger, pero siempre debía recaer en esa elección en alguna calidad media. V. gr. si el testador legaba un caballo, el legatario podía escoger entre todos los caballos que habían pertenecido al de cujus. Evidentemente, si el testador disponía otra cosa, es decir, si declaraba que la elección debía hacerla el heredero o alguna otra persona, entonces la elección no la hacía el legatario, sino la persona que hubiere designado el testador.

- Legado Alternativo.- El testador dejaba la elección al legatario entre dos bienes diferentes. Los bienes entre los que debía escoger eran señalados por el de cujus en el testamento podía escoger el mejor de ellos.

- Legado de cosas corporales o determinadas.- El autor de la herencia podía legar bien una cosa propia, bien una del heredero, o bien alguna cosa de un extraño. En este último caso, el legado tenía validez, en el Derecho Antiguo si era hecha *pos damnationem*, después no importaba la forma que se usara. Durante la Época Clásica, si el testador sabía que la cosa que legaba no le pertenecía, entonces el legado era válido, y el heredero tenía la obligación de adquirirla y entregarla al legatario, y en caso de no poder comprarla, debía dar al legatario su valor. Por otra parte, si la cosa pertenecía al testador y este lo ignoraba, creyendo que legaba algo ajeno, el legado era nulo.

- Legado de Crédito.- Consistía en que el testador legaba una prestación que un tercero le debía a él o a su heredero. No era exactamente el crédito lo que se dejaba al legatario, sino más bien, el heredero debía cederle las acciones que tuviera el *de cuius* contra el deudor.

"Su efecto no era transferir el crédito al legatario, sino obligar al heredero a cederle las acciones contra el deudor para que él (el legatario), las ejercita como *procurator in rem suam*."(32)

- Legado de una Universalidad.- El objeto de este legado es una parte alícuota de la herencia, es decir, el testador dejaba una universalidad al legatario; no era un bien únicamente, sino un conjunto de ellos y consistía en todo lo que formaba parte de esa universalidad, a la muerte del testador.

(32). VENTURA SILVA, Sabino.-Ob. Cit.- pág. 243

"Se podía legar una universalidad de cosas V. gr. un rebaño; el legado comprende todas las cosas que forman parte del conjunto al momento de morir el testador. El rebaño forma parte de un solo cuerpo y uno es el legado, cuyo objeto permanece aunque aumenten o disminuyan las cabezas, y no se puede aceptar o rechazar una parte."(33)

2. Formas de Legados. En el Derecho Romano, existen cuatro formas diferentes de legados:

* **Legado Per Vindicationem.**- Por medio de esta primera clase, el legatario adquiría la propiedad quiritaria de la cosa legada, en el momento en que el heredero aceptaba la herencia. Por el hecho de que existiera la adición, el legatario adquiría la propiedad, no era necesario que aceptara el legado, pero esto no quiere decir que se le imponía, pues si podía rechazarlo si no lo quería.

Existía un requisito para que el Legado Per Vindicationem tuviera validez, y es que el testador tuviera la propiedad quiritaria de la cosa legada en el momento de otorgar el testamento y cuando falleciera, son la excepción de cuando se trataba de cosas genéricas ya que solo era necesario que tuviera la propiedad al morir.

(33). Ob. Cit. pág. 244

Para que este legado fuera válido, era menester que el legatario tuviera la propiedad quirritaria de las cosas legadas tanto en el momento de hacer el testamento, como en el momento de abrirse la sucesión, este último requisito se obviaba si los bienes eran genéricos."(34)

* **Legado Per Damnationem.**- Se daba cuando el de cujus dejaba al heredero una obligación a favor del legatario, esta obligación generalmente era de dar y a veces de hacer.

El testador legaba un derecho de crédito al legatario en contra del heredero, que se hacía efectivo en el momento de la adición, o cuando se cumpliera la adición, o cuando se cumpliera la condición si es que existía.

Se podía legar cualquier cosa, fuera propia, del heredero o ajena, y el sucesor tenía la obligación si era del testador, o de él, de entregársela al legatario y si era ajena, de adquirirla y dársela, o bien si no podía de pagarle su valor. En caso de que el heredero se negara a entregar la cosa al legatario, este tenía una acción para obligarlo o hacerlo, que era la *actio ex testamento*.

* **Legado Per Praeceptionem.**- Solamente podía darse cuando existían varios herederos, ya que el de cujus, en el testamento autorizaba a uno de ellos para que tomara para sí una cosa determinada, y después ya se repartía la herencia

(34). BIALOSTOSKY, Sara.-Ob. Cit.- pág. 226

entre todos, por parte iguales, o en las proporciones que hubiere estipulado el testador. El juez, al hacer la partición, le adjudicaba al legatario la cosa legada aparte de lo que le correspondía como heredero.

El heredero-legatario, tomaba la cosa antes de la partición, y además el objeto del legado debía ser propiedad del testador, ya que no era válido si pertenecía a alguno de los otros herederos o a persona extraña, en la inteligencia de que el legatario debía estar instituido heredero.

* **Legado Sinedi Modo.**- En virtud de esta clase de legado, el heredero debía permitir que el legatario tomara un bien de la sucesión; el bien era determinado, es decir, el testador especificaba que objeto era el que el legatario podía adjudicarse.

A diferencia del legado anterior, en este, el legatario no debía ser heredero, y la cosa legada podía ser del testador o pertenecer al heredero, pero era nula si la cosa era propiedad de un tercero.

B. Derecho Colonial.

Realmente es muy poco lo que se puede hablar respecto al tema de las sucesiones durante la dominación española en nuestro país, sobre todo, por el poco interés de la doctrina al respecto. No es, sino hasta el año de 1536, en que se puede ver un interés mayor en esta materia, y lo que da origen a esa mayor

atención al respecto, son los problemas jurídicos que se suscitaron al concederse, por más de una vida las encomiendas.

En relación con la transmisión de las encomiendas por vía sucesoria, encontramos su nacimiento en la Real Provisión de 1536:

"Estableció la Real Provisión de 1536, que a la muerte de un encomendero que estuviera gozando del disfrute de su encomienda en primera vida, se había de hacer merced de esta encomienda al mayor de sus hijos legítimos, "con cargo que hasta tanto que sea edad para tomar armas, tenga un escudero que nos sirva en las guerras con la costa que su padre sería y era obligado; y si el tal casado no tuviere hijo de legítimo matrimonio nacido, encomendareis los dichos indios, a su mujer viuda" , y si "esta se casare y su segundo marido tuviere otros indios, darsele uno de los dichos repartimientos que quisiere, y si nos los tuviere, encomendaréisle que así la mujer viuda tuviere."(35)

De la lectura de esta Real Provisión, se desprende que la encomienda continuó siendo una "merced real", y que no era el encomendero quien podía disponer libremente de ella, sino que fué el mismo Rey quien estableció el orden en que debía suceder. Por otra parte, surgió la duda si solamente el mayor de los hijos, y a falta de este, la mujer del encomendero podía disponer de la sucesión. Para resolver esto,

(35). OTS Y CAPEDEQUI, José María.- Historia del Derecho Español en América y el Derecho Indiano.- Biblioteca Jurídica Aguilar. Madrid España, 1969. pág. 225 y 226

se dictaron las Cédulas de 4 de marzo y 5 de abril de 1552: "Cuando falleciere alguno y dejase uno, dos o mas hijos o hijas, y el mayor, según la Provisión antecedente (se refiere a la de 1536) debiese suceder en los indios entrase en religión y o tuviese otro impedimento, debía pasar al segundo, así consiguiente hasta acabar con los varones; sucediendo lo mismo en las hijas por falta de aquellos y por la de unos y otras, la mujer."(36)

En estas Provisiones, se modificó el orden en que se debía suceder la encomienda, ya no era el hijo mayor, y después la viuda, sino que ahora los primeros que tenían derecho eran los hijos, en orden por su edad, si ninguno de los varones podía por cualquier causa, entonces se seguía la misma regla para las mujeres hijas, y en último lugar la viuda.

Felipe II vino por segunda vez a cambiar el orden de sucesión, estableciendo que si el hijo mayor tenía descendencia, eran los hijos de este, los que heredarían la encomienda del abuelo, aún si aquel hubiese fallecido estando todavía vivo este, estableciéndose después jurisprudencia en el Consejo de Indias, en el sentido de que los descendientes del primogénito, tenían más derecho que los demás hijos del encomendero.

36. Ob. Cit.-pág. 226

Había una situación que se podía prestar a engaños y era que el encomendero estando a punto de morir contraía matrimonio para poder dejar su encomienda en sucesión; para evitar esto, en 1575 se dispuso que para que la mujer tuviera derecho a heredar la encomienda, debían haber estado casados mínimo durante seis meses.

En cuanto a los incapaces para adquirir las encomiendas por sucesión, José María Ots y Capdequi, nos dicen que eran:

- a) Los hijos ilegítimos y los naturales;
- b) Los nietos legítimos, hijos de ilegítimos;
- c) El que teniendo derecho a suceder no se encontrara en las Indias, a menos que su ausencia se justificara;
- d) Los hijos adoptivos;
- e) Los religiosos y los clérigos; y
- f) Los que ya fueran dueños de otra encomienda, sin importar bajo que título las hubieran adquirido.

La persona que sucediera al encomendero, tenía la obligación de prestar alimentos a sus hermanos, hermanas y a su madre, y si eran nietos los que adquirían la encomienda, entonces eran los tíos, tías y abuela a quienes debían prestar los alimentos, ya que si tomaban el lugar de su padre en cuanto al disfrute, también debían hacerlo en cuanto a las cargas que trajera implícita la sucesión. Esta obligación de prestar alimentos cesaba cuando la viuda contraía nuevas nupcias y cuando los demás hijos del difunto tuvieran con que vivir decorosamente.

Finalmente, si el encomendero moría sin tener hijos y mujer, es decir, sin sucesores, la encomienda regresaba nuevamente a manos del Rey, quién era el legítimo dueño de ella y todo lo que existiere en la Nueva España, pues la encomienda, no era más que una merced Real, es decir, una concesión otorgada por el monarca a alguna persona.

En cuanto a otras disposiciones que existieron en relación con las sucesiones, son muy pocas las que podemos mencionar, y lo haremos siguiendo a Ots y Capdequi:

"Sólo algunas disposiciones reales encaminadas a corregir los abusos cometidos por algunas autoridades coloniales en la sucesión de los cacicazgos y contra la libertad de testar de los indios, otras sobre el cumplimiento de las restituciones en conciencia que al tiempo de su muerte hicieron a sus indios los encomenderos; algunas Reales Cédulas correctoras de las extralimitaciones cometidas por los prebendados de indias en punto de la libertad testamentaria de sus clérigos y

prebendados, así como de los fraudes cometidos por algunos confesores para conseguir que sus fieles otorgaran testamento en favor de sus deudos, iglesia o religión, y, por último ciertas bulas o breves pontificios, con sus correspondientes Leyes Aclaratorias, puntualizando las facultades dominicales de los obispos sobre sus bienes patrimoniales o sobre los adquiridos por razón de sus dignidades eclesiásticas."(37)

C. Legislación Mexicana (Epoca Independiente)

a) **Código Civil de 1870.**- Este ordenamiento, fué expedido por el Lic. Benito Juarez, el día 8 de diciembre de 1870, entrando en vigor a partir del 1º de marzo de 1871 y tuvo vigencia desde esa fecha, hasta el 1º de junio de 1884, siendo obligatoria su observancia en el Distrito Federal y Territorio de Baja California.

De los cuatro libros en que fué dividido éste Código, en el que se encontraba regulado todo lo referente a sucesiones, fué el último, el Libro Cuarto, del que estudiaremos únicamente lo que tenga relación con el Testamento Público Abierto, que es el tema objeto de la presente obra, haciendo un estudio comparativo con el Código Civil Vigente.

Empezaremos con la definición que da el Código de 1870 del Testamento en general, la que se encuentra en el artículo 3374:

(37). Ob. Cit. pág. 229

"Art. 3374.- El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos se llama Testamento."

En cuanto al Testamento Público Abierto, el Código hizo una clasificación, diciendo primeramente (artículo 1371), lo que es el Testamento Público, que es el que se otorga ante Notario Público y testigos (sin especificar el número), y en papel sellado. Después clasifica al Testamento Público en dos clases, Testamento Público Abierto y Testamento Público Cerrado (artículo 3753), siendo el primero aquél en que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto (artículo 3754), dedicando después, todo un capítulo al Testamento Público Abierto en particular, en el que se establecen las reglas y formalidades que deben presentarse para que se pueda otorgar esta clase de testamento, así el artículo 3768, nos dice:

"Art. 3768.- El Testamento Público Abierto se dictará de un modo claro y terminante por el testador, en presencia de tres testigos y el Notario Público; éste redactará por escrito las cláusulas y las leerá en voz alta para que el testador manifieste si está conforme. Si lo estuviere firman todos el instrumento; asentándose el lugar, la hora, el día, el mes y el año en que hubiere sido otorgado."

Como vemos, no ha cambiado, ya que el Código Civil Vigente, aunque con distintas palabras dispone lo mismo, en sus artículos 1511 y 1512, aunque en general todas las reglas son las mismas sufriendo algunas pequeñas variaciones que son las siguientes:

En el Código de 1870, no se encuentran las disposiciones referentes a cuando el testador es ciego y cuando el testador ignore el idioma en que está redactado el testamento, por lo tanto, en el primer caso, no era necesariamente que el testamento se leyera dos veces, y en el segundo, únicamente era necesario que asistieran y firmaran el documento dos intérpretes, pero el instrumento sería redactado en español desde el principio.

En lo referente a quienes pueden ser y quienes no pueden ser testigos, el Código de 1870, señalaba en su artículo 3758 quienes no lo podían ser:

"Art. 3758.- No pueden ser testigos del testamento:

- 1º Los amanuences del Notario que lo autorice.
- 2º Los ciegos y los que no entiendan el idioma del testador.
- 3º Los totalmente sordos o mudos.
- 4º Los que no estén en su sano juicio.
- 5º Los que no tengan la calidad de domiciliados; salvo en los casos exceptuados por la Ley.
- 6º Las mujeres.
- 7º Los varones menores de edad.
- 8º Los que hayan sido condenados por el delito de falsedad."

Existen algunas diferencias entre este precepto y su correlativo al Código actual, que es el 1502, y son:

a) La mencionada en quinto lugar, ya que es actualmente, cualquier persona, sea cual fuere su domicilio puede ser testigo en un testamento siempre que no caiga en los demás casos;

b) Otra diferencia es que las mujeres no podían ser testigos y esto se debe principalmente al hecho de que ellas no tenían en esa época los mismos derechos de que gozaban los hombres, y es por eso que se hablaba de varones menores de edad y en el Código actual únicamente de menores de edad, pues ahora las mujeres si pueden ser testigos;

c) Finalmente el Código de 1870 no prohibía que fueren testigos los herederos, los legatarios y sus parientes, cuestión que si está prohibida actualmente, pero antes si podían serlo, pero entonces se convertían en incapaces para heredar, según lo dispuesto en el artículo 3436:

"Art. 3436.- Por presunción de influjo contrario a la verdad o integridad del testamento, son incapaces para suceder el Notario Público y los testigos que fueren instituidos en aquél, en cuyo otorgamiento y autorización hayan intervenido."

En relación con la capacidad de testar, básicamente no han variado, las incapacidades eran las mismas que actualmente, con la única diferencia de que el Código Civil Vigente especifica que el testamento que haga un demente en un intervalo de lucidez, debe ser Testamento Público Abierto y el Código de 1870, no

la especificaba, simplemente establecía que se debían redactar las cláusulas por escrito y con las solemnidades que deben seguirse para el documento.

Por lo que hace a la capacidad para heredar, son las mismas personas en ambos Códigos las incapacitadas para suceder.

El Código de 1870, regula lo que llama "La Legítima", que es una limitación que tiene el testador para disponer de sus bienes, es decir, el que otorgaba testamento no podía disponer de la totalidad de sus bienes, esta figura le define el Código en su artículo 3460:

"Art. 3460.- Legítima es la porción de bienes destinada por la Ley a los herederos en línea recta, ascendientes o descendientes, que por esta razón se llaman forzosos."

El testador no podía privar a sus herederos forzosos de esta legítima, que no podía ser gravada, condicionada ni sustituida.

La porción de bienes que integran la Legítima es la que estableció el artículo 3463, y el testador podía disponer libremente de lo demás:

"Art. 3463.- La Legítima consiste en cuatro quintas partes de los bienes, si el testador solo deja descendientes, legítimos o legitimados; en dos tercios si solo deja hijos naturales; y en la mitad, si solo deja hijos espurios."

En los subsiguientes artículos se contemplan los casos en que concurren varias personas que tengan derecho a la legítima, la cual nunca será mayor a cuatro quintas partes de la herencia, lo cual quiere decir que el testador siempre podía disponer de la quinta parte de ella; transcribiremos los artículos que la regularon, los cuales, considero no necesitan explicación alguna, ya que tienen una claridad bastante amplia.

"Art. 3464.- Si el testador tuviera hijos legítimos o legitimados e hijos naturales, se considerará como Legítima de todos ellos las cuatro quintas partes de los bienes; pero al distribirse esta entre los mencionados hijos, se deducirá que la porción divisible que corresponda a los naturales un tercio que acrecerá la divisible entre los legítimos y no al quinto del que el padre puede disponer.

E J E M P L O

PADRE

AUTOR

JAVIER LUIS

RAUL CARLOS

Pedro al morir deja un capital de y cuatro hijo; dos son legítimos, que son Juan y Luis y dos son naturales, que son Jose y Sixto....			NS150,000.00
La parte disponible del padre será	NS30,000.00		
Los NS120,00.00 restantes se distribuirán ficticiamente entre los cuatro hijos y tocará a cada uno NS30,000.00, pero rebajando NS10,000.00 de la porción de cada uno de los naturales, recibirán ambos		NS40,000.00	
Agregando los NS20,000.00 que se dedujeron a la porción de los naturales, a los NS60,000.00 divisibles entre los legítimos recibirán cada uno de estos NS40,000.00 y entre ambos		NS80,000.00	
	IGUAL	NS150,000.00	NS150,000.00

"Art. 3465.- Concurriendo hijos legítimos con espurios, la legítima de los cuatro quintos pertenece exclusivamente a los primeros; y los segundos solo tendrán derecho a alimentos, que sacarán del quinto libre el autor de la herencia, y en ningún caso podrán exceder de la cuota que corresponde a los espurios si fueran naturales."

"Art. 3466.- Concurriendo hijos naturales con espurios, consistirá la Legítima de todos en dos tercios de los bienes; pero al practicarse la división se deducirá de la parte que corresponda a los espurios una mitad que acrecerá a la porción divisible entre naturales, y no al tercio de libre disposición."

EJEMPLO

PEDRO

AUTOR

JAVIER LUIS

RAUL CARLOS

Pedro muere dejando un capital de y cuatro hijos; dos naturales, Juan y Luis; y dos espurios, José y Sixto. La división se hará de ésta forma:

NS120,000.00

Tercio disponible del padre NS40,000.00

División ficticia de los dos tercios restantes entre los cuatro hijos, quedará para cada uno de ellos NS20,000.00 pero rebajando a cada uno de los espurios una mitad, recibirán entre ambos.....

NS20,000.00

Agregando los NS20,000.00 deducidos a los espurios, a la porción divisible entre los naturales, recibirán entre ambos ...

NS60,000.00

IGUAL

NS120,000.00

NS120,000.00

"Art. 3467.- La Legítima de los descendientes de segundo o ulterior grado será la que debiera corresponder a la persona a quién representen; observándose respecto a los descendientes de los hijos ilegítimos lo dispuesto en el artículo 3864".

"Art. 3468.- Si el autor de la herencia al tiempo de su muerte no tuviere hijos, pero si padre o madre vivos; consistirá la legitima de estos en dos tercios de la herencia."

"Art. 3469.- Si el autor de la herencia solo tuviere al tiempo de su muerte ascendientes de otros grados, consistirá la legitima de estos en la mitad de los bienes."

"Art. 3470.- Concurriendo ascendientes de cualquier grado con hijos legítimos, las cuatro quintas partes permanecerán exclusivamente a los hijos, y los ascendientes solo tendrán derecho a alimentos, que se sacarán del cuerpo de la herencia; pero sin que en ningún caso pueda exceder de la porción de uno de los hijos."

"Art. 3471.- Concurriendo ascendientes de primer grado con hijos naturales, consistirá la legitima de unos y otros, en dos tercios de la herencia que se dividirá por partes iguales entre los descendientes y ascendientes, considerando a los últimos como una sola persona."

E J E M P L O

L U I S P A D R E S M A R I A

A N T O N I O A U T O R

P E D R O H I J O S N A T U R A L E S A N A

Antonio, autor de la herencia, muere dejando vivos a sus padres Luis y María, y dos hijos naturales, Pedro y Ana, y un caudal líquido de		NS180,000.00
Que se dividirá de esta forma:		
Tercio disponible del autor de la herencia.....	NS60,000.00	
Porción de Pedro.....	NS40,000.00	
Porción de Ana.....	NS40,000.00	
Porción de los padres de Luis y María, que dividirán entre si por partes iguales llevando cada uno NS20,000.00	NS40,000.00	
IGUAL	NS180,000.00	NS180,000.00

"Art. 3472.- Concurriendo ascendientes de segundo grado o ulterior grado con hijos naturales, consistirá la legítima de los hijos de dos tercios de la herencia; y los ascendientes solo tendrán derecho a alimentos, que se deducirán del tercio de libre disposición."

"Art. 3473.- Concurriendo ascendientes de primer grado con hijos espurios, será legítima de unos y otros dos tercios de la herencia; pero al practicar la división, se deducirá de la porción divisible entre los hijos, una mitad, que acrecerá a la porción divisible entre los ascendientes y no al tercio de libre disposición."

EJEMPLO

LUIS PADRES MARIA

ANTONIO O TUTOR

PEDRO HIJOS ESPURIOS MARTHA

Antonio, autor de la herencia,
muere dejando vivos a sus
padres Luis y Maria, y dos hijos
espurios, Pedro y Martha, y un
capital de

NS180,000.00

Se hará la división de la siguiente
manera:

Tercio disponible del autor de la
herencia.....

NS60,000.00

Porción de cada uno de los hijos,
deducida de una mitad, lo que
produce para
ambos.....

NS40,000.00

Agregada la parte deducida
NS40,000.00 a los NS40,000.00
divisibles entre los padres, tendrá
cada uno de éstos NS40,000.00
y entre ambos.....

NS80,000.00

IGUAL

NS180,000.00

NS180,000.00

"Art. 3474.- Concurriendo ascendientes de segundo o ulterior grado con hijos espurios, será legítima de todos la mitad de la herencia, la cual se dividirá por partes iguales entre los ascendientes y los hijos, considerándose aquellos como una sola persona."

"Art. 3475.- Concurriendo ascendientes de cualquier grado con hijos legítimos y naturales, se observará lo dispuesto en el artículo 3464, y los ascendientes sólo tendrán derecho a alimentos, que se sacarán del cuerpo de la herencia."

"Art. 3476.- Concurriendo ascendientes de primer grado con hijos naturales y espurios, la legítima de unos y otros será de dos tercios de la herencia; pero al practicar la división, se deducirá de la parte correspondiente a los espurios, una mitad que acrecerá a la porción divisible entre los ascendientes y los hijos naturales."

E J E M P L O

PEDRO

PADRES

MARTHA

JUAN AUTOR

JOSE-LEON

SIXTO-MAURO

NATURALES

ESPURIOS

Juan al morir, deja vivos a sus padres Pedro y Martha y cuatro hijos; dos naturales, José y León y dos espurios, Sixto y Mauro, y un capital divisible de		NS3000,000.00
Tercio disponible del autor de la herencia.....	NS100,000.00	
Porción ficticia de cada uno de los descendientes y de ambos ascendientes NS40,000.00		
Deducida la mitad de cada uno de los espurios, quedan estos con	NS40,000.00	
Agregando los NS40,000.00 deducidos a los NS120,000.00 divisibles entre los ascendientes y naturales, resultan NS160,000.00 distribuidos de esta forma:		
Porción de ambos descendientes.	NS100,666.66	
Porción de ambos ascendientes...	NS59,333.34	
IGUAL	<u>NS300,000.00</u>	<u>NS300,000.00</u>

"Art. 3477.- Concurriendo ascendientes de ulteriores grados con hijos naturales y espurios, la legitima y su partición serán las que establece el artículo 3466, y los ascendientes solo tendrán derecho a alimentos, que se sacarán del tercio libre."

Si bien es cierto que actualmente el testador tampoco puede disponer de todos sus bienes, pues debe dejar alimentos a las personas que establece la Ley, también lo es que tiene una mayor disposición de ellos, ya que únicamente debe dejar lo suficiente para que viva decorosamente, y todo lo demás puede heredarlo a quien él quiera. Esto es, actualmente el testamento es un acto más libre de lo que era

mientras estuvo vigente el Código de 1870, lo que significa un adelanto en materia jurídica.

Una situación que posiblemente no tenga nada que ver con el Testamento Público Abierto, pero que considero importante mencionar, es que el Código de 1870, no hace la clasificación de testamentos ordinarios y especiales, pero si los contempla, con la excepción de uno, que es el ológrafo, expresando en la exposición de motivos el por que de esta exclusión.

Antes de hacer las explicaciones convenientes, respecto de este capítulo, debe la comisión exponer las razones que tuvo presentes para no admitir el testamento ológrafo. No puede negarse que esta forma de otorgamiento tiene las grandes ventajas de conservar el secreto de la institución y de facilitar nuevas disposiciones testamentarias, según se varíe la voluntad del testador. Pero si esas ventajas no desaparecen completamente, se debilitan de un modo extraordinario cuando se considera el terrible peligro de la falsificación. Como por desgracia está hoy tan adelantado el pernicioso arte de imitar no solo la firma, sino todos los caracteres con que una persona acostumbra a escribir, no puede decirse que hay la menor seguridad, sean cuales fueren los medios que se adopten para evitar el mal. Verdad es que el abuso nunca podría llegar al extremo de atacar la legítimas de los herederos forzosos; pero si puede menoscabarlas con la institución del cónyuge, y desnivelarlas con la mejora de la parte libre. En la herencia voluntaria sería completo el perjuicio; puesto que no habiendo herederos forzosos, la institución quedaría bajo el constante amago de un crimen tan fácil de ejecutar. Por estas razones se decidió la

comisión de no admitir el testamento ológrafo, sin embargo de estar recibido ya en muchos Códigos modernos.

b) **Código Civil de 1884.**- Fué expedido por el Presidente Manuel González, el 31 de marzo de 1884, comenzó a regir a partir del día 1º de junio del mismo año, y se derogó por el Código Civil de 1928, el 30 de septiembre de 1932.

Haré un estudio comparativo de este ordenamiento, con el Código que rige actualmente, haciendo destacar las principales diferencias que existen en materia de sucesión testamentaria.

Empecemos con lo relativo al Testamento Público Abierto; que en general las disposiciones del Código de 1884 y las del actual son las mismas, con las mismas diferencias que hay con el de 1870, esto es, en lo referente a los testamentos hechos por los ciegos, y a los otorgados por los que no entienden el idioma con que se redactó el documento, por lo cual, es hasta el Código de 1828, que se toman las precauciones para estos casos, y en los anteriores, bastaba con que a los ciegos se les leyera el testamento una sola vez, y en caso de los que no entendieran el idioma, bastaba con que firmaran el documento dos intérpretes designados por el propio testador.

Por lo que se refiere a los testigos del testamento, el Código de 1884, establecía al igual que el anterior y el actual, quienes no pueden serlo, estableciendo en su artículo 3489 lo siguiente:

"Artículo 3489.- No pueden ser testigos del testamento:

- I. Los amanuenses del notario que lo autorice;
- II. Los ciegos y los que no entiendan el idioma del testador;
- III. Los totalmente sordos o mudos;
- IV. Los que no están en su sano juicio;
- V. Los que no tengan la calidad de domiciliados, salvo en los casos exceptuados por la Ley;
- VI. Las mujeres;
- VII. Los varones menores de edad;
- VIII. Los que hayan sido condenados por delito de falsedad."

Como vemos, son los mismos impedimentos que existían en el Código anterior, y la diferencia con el Código Vigente, también es la misma, en cuanto a las mujeres, quienes aún no tenían los mismos derechos que los hombres, y en cuanto a los que no tuvieran la calidad de domiciliados, situación que actualmente ha desaparecido, así mismo, en cuanto a que no se menciona a los herederos, legatarios y sus parientes, pero si eran testigos, se convertían en incapaces para heredar, de acuerdo con lo que disponía el artículo 3299.

En relación con la capacidad de testar, los artículos 3275 y 3276 decían:

"Artículo 3275.- La Ley solo reconoce capacidad para testar a las personas que tienen:

I. Perfecto conocimiento del acto;

II. Perfecta libertad de ejecutarlo, esto es, exenta de toda intimidación y de toda influencia moral."

"Artículo 3276.- Por falta del primero de los requisitos mencionados en el artículo que precede, la Ley considera incapaces de testar:

I. Al varón menor de catorce años y a la mujer menor de doce;

II. Al que habitualmente o accidentalmente se encuentre en estado de enajenación mental, mientras dure el impedimento."

Aquí podemos encontrar algunas diferencias con la legislación que rige actualmente, ya que en esta, solamente se consideran incapaces las personas que se mencionan en el artículo 3276 del Código mencionado.

La primera disparidad que encontramos, es en cuanto a la edad, ya que ahora son incapaces los menores de dieciséis años, sin importar sexo, y anteriormente si importaba, ya que el varón para poder testar debía tener catorce años cumplidos y la mujer doce.

Por otra parte, el enajenado mental, podía testar en un estado de lucidez, y lo que no es permitido actualmente, podía hacerlo en cualquiera de las formas que había de testamento, siempre que se hiciera por escrito y firmaran el juez, los médicos y los testigos, como lo establecían los artículos 3282 y 3283.

"Artículo 3282.- Si este fuere favorable, se procederá desde luego a la formación del testamento, cuyas cláusulas se redactarán precisamente por escrito, y con las demás solemnidades que se requieran para esta clase de instrumentos."

"Artículo 3283.- Terminado el acto, firmarán, además de los testigos, el juez y los facultativos; poniéndose al pie del testamento razón expresa de que durante todo el acto conservó el paciente perfecta lucidez de juicio; sin cuyo requisito y constancia ser nulo el testamento."

Actualmente el artículo 1310 dispone claramente que el testamento hecho por un demente en un intervalo de lucidez, debe ser ante Notario Público y con las solemnidades del Testamento Público Abierto.

Remitiéndose a la fracción II del artículo 3275, el numeral 3284, nos dice:

"Artículo 3284.- Por falta del segundo de los requisitos mencionados en el artículo 3275, la Ley considera incapaces de testar a los que al ejecutarlo, obran bajo la influencia de amenazas contra su vida, su libertad, su honra, o bienes de su cónyuge o de sus parientes en cualquier grado."

Esta situación no es contemplada actualmente, ya que el testamento hecho por una persona que se encuentre en algunos de los casos mencionados en este precepto, es nulo, según el artículo 1485 del Código Vigente.

La capacidad para heredar era igual que actualmente, señalando quienes no la tenían, que son las mismas personas que se menciona en el artículo 1313 del Código Vigente que ya hemos estudiado.

"El Código de 1884, desaparece lo que en el de 1870 se llamaba la legitima, subsistiendo, al igual que en el actual, solamente la obligación de dejar alimentos a los descendientes, al cónyuge supérstite, y a los ascendientes, con diferencias en lo referente a la edad y sexo de los acreedores alimenticios."(38)

(38). Idem.- pág. 230

CAPITULO II

C A P I T U L O I I

II.- FUNDAMENTO DE LA FACULTAD DE TESTAR.

A. El Testamento como Acto Jurídico.

Hecho Jurídico, en sentido amplio, "Es todo acontecimiento, ya que se trata de un fenómeno de la naturaleza, o de un hecho del hombre que el ordenamiento jurídico toma en consideración, para atribuirle consecuencias de Derecho."(39)

Para Savigny, el "Hecho Jurídico es todo acontecimiento natural o del hombre, capaz de producir efectos jurídicos."(40)

De estas definiciones se desprende lo que distingue un Hecho Jurídico de cualquier otro hecho: cualquiera de los dos pueden ser producidos por la naturaleza o por el hombre, pero la diferencia es que el hecho jurídico debe de producir efectos de derecho, es decir, debe ser tomado en consideración por alguna norma jurídica.

Acto Jurídico.- "Acto Jurídico es una manifestación de la voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de Derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico."(41)

(39). GALINDO GARFIAS, Ignacio.- Derecho Civil.- Editorial Porrúa. 10a. Edición. México, D.F.. 1990. pág. 204

(40). Ob. Cit..- pág. 206

(41). ROJINA VILLEGAS, Rafael.- Compendio de Derecho Civil.- Editorial Porrúa. 14a. Edición México, D.F.. 1986. pág.115

Para León Duguit, citando que Eugene Petit, "El acto jurídico es todo acto de voluntad que interviene con la intención de que se produzca una manifestación en el ordenamiento jurídico, tal como existe en el momento en el que se produce, o tal como existirá en el momento futuro dado."(42)

De lo anterior se desprende que para que un Acto Jurídico sea tal, debe existir un elemento esencial, que es la voluntad, es decir, debe ser con la intención de ejecutarlo, y de producir consecuencias de derecho.

Diferencias entre Hecho Jurídico y Acto Jurídico:

- 1.- En el hecho jurídico puede intervenir tanto la naturaleza, como la mano del hombre, y en el acto jurídico, únicamente interviene la voluntad del hombre.
- 2.- En el hecho jurídico no interviene la voluntad, que es esencial en el acto jurídico, ya que debe existir la intención de producir consecuencias de Derecho.

Si analizamos y aplicamos al Testamento, estos elementos, no se puede decir que el testamento sea un hecho jurídico, ya que en primer lugar no puede ser un fenómeno de la naturaleza, no es realizado por el hombre sin la intención de producir consecuencias de derecho.

(42). PETITI, Eugene.- Ob. Cit.- págs. 514 y 515

Por lo tanto, el testamento es un acto jurídico, ya que es realizado por el hombre con la intención de ser reconocido por el ordenamiento jurídico.

Para Leopoldo Aguilar Carbajal, "El Testamento es un acto jurídico sui géneris, en el que vamos a encontrar muchas derogaciones a las reglas generales, tanto a la teoría general del acto jurídico, como a la teoría de las obligaciones." (43)

Siendo el testamento un acto jurídico, tiene como cualquier otro, elementos esenciales y elementos de validez. Los esenciales son la voluntad y el objeto; y los elementos de validez, son la capacidad libre de voluntad (error, violencia, lesión) y el objeto, motivo o fin es lícito la forma.

a) Elementos Esenciales.

a) Voluntad.- Es el elemento, del testamento, más restringido que en la Teoría General del Acto Jurídico, ya que en el testamento no se admite la expresión de la voluntad tácita, esto está claramente regido por el artículo 1489 del Código Civil que establece:

"Art. 1489.- Es nulo el testamento en el que el testador no expresa cumplida y claramente su voluntad, sino que solo por señales o monosílabos en respuesta a las preguntas que se le hacen."

(43). AGUILAR CARBAJAL, Leopoldo.- Segundo Curso de Derecho Civil.- Editorial Porrúa, 8a. Edición. México, D.F. 1967. pág. 287.

De este artículo se desprende como elemento esencial, la voluntad, pero solamente la voluntad expresa, la voluntad tácita produce la nulidad del testamento.

Esta voluntad expresa debe llevar consigo la intención de crear efectos jurídicos, ya que si no fuese así estaremos en presencia de un hecho jurídico, y no de un acto jurídico. "La declaración de voluntad debe tener como intención la producción de efectos jurídicos, pues si los produjera sin tener esa intención, estaremos frente a un hecho jurídico voluntario, y no frente a un acto jurídico."(44)

Finalmente podemos decir que en el testamento por ser un acto unilateral, la voluntad viene a substituir al consentimiento en los actos bilaterales, también es importante hacer énfasis que esa voluntad debe ser emitida con la finalidad de producir consecuencias de derecho, ya que si no es así, y se desea producir otra clase de efectos, no será testamento lo que se otorgue.

Ahora bien, en cuanto a la expresión de la voluntad, diremos, que si el texto del testamento se desprende de la intención del testador, no hay ningún problema, ya que coinciden la letra con la manifestación de la voluntad, pero si no es así, surge el problema de la interpretación, lo que nos lleva al siguiente cuestionamiento: ¿se puede interpretar un testamento?; y si se puede, ¿como debe de interpretarse?

(44). Ob. cit.- pág. 289

La respuesta al primer cuestionamiento es SI, si se puede interpretar un testamento, la Ley permite que se interprete el testamento, cuando del texto se desprende que es distinto o contrario a la voluntad del testador, es decir, debe prevalecer la intención sobre el texto del documento, así lo dispone el artículo 1302 del Código Civil que previene:

"Art. 1302.- Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de las palabras, a no ser que aparezca con manifiesta claridad que fué otra la voluntad del testador.

En caso de duda sobre la inteligencia o la interpretación de una disposición testamentaria, se observará lo que parezca mas conforme a la intención del testador, según el tenor del testamento y la prueba auxiliar que a este respecto pueda rendirse por los interesados."

De este artículo se deduce que el legislador ha aceptado la interpretación subjetiva "Nuestra Legislación ha elegido entre la interpretación objetiva y la subjetiva, es decir, entre la voluntad declarada y la interna, y acepta a esta última; prefiere interpretar un contrato o un testamento según la intención que se revele o manifieste a través de todo el acto y no llevar a cabo una interpretación simplemente objetiva, sujetándose a los términos literales de un testamento o un contrato."(45)

(45). ROJINA VILLEGAS. Rafael.-Ob. Cit.-pág. 383

b) El objeto.- La doctrina distingue entre dos clases de objeto, el objeto directo y el objeto indirecto.

- Objeto Directo, que tiene como finalidad el crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones, hipótesis que si encontramos en el testamento consecuencias de derecho.

- Objeto Indirecto.- El testador dispone de sus bienes a sus herederos y legatarios para después de su muerte, obligación que ha nacido del acto jurídico, que puede consistir en dar, hacer y no hacer, así como en la prestación o abstención de la obligación que se trata de crear, modificar, transmitir, o extinguir; también encontramos este objeto en el testamento."(46)

Dentro del testamento podemos encontrar 2 objetivos fundamentales, el primero es el que ha nacido del acto jurídico, consistiendo en obligaciones de dar, hacer y no hacer; y el segundo surge como una prestación o abstención de la obligación, donde trata de modificar, transmitir o extinguir derechos y obligaciones.

En el testamento el objeto no consiste únicamente en la designación de herederos o legatarios, pues puede tener un carácter moral y no económico como podría ser el reconocimiento de un hijo.

(46). Ob. Cit.- pág 289

Pero ¿es existente un testamento en el que no se designen herederos?, la respuesta a esta pregunta la encontraremos en los artículos 1378 y 1379 del Código Civil, que a la letra establece:

"Art. 1378.- El testamento otorgado legalmente será válido, aunque no contenga institución de heredero y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar."

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

Aunque generalmente se entiende que el testamento tiene como finalidad la disposición de los bienes de quien lo otorga, para el momento en que muera, y por lo tanto deberán existir las instituciones de heredero y legatario, de los dos artículos anteriores podemos entender que no es así, y que el testador puede no disponer de sus bienes, sino cumplir con alguna obligación moral.

El objeto debe ser posible, ya que de lo contrario, el testamento será inexistente, así lo determina el artículo 2224 del Código Civil.

"Art. 2224.- El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él no producirá efecto legal alguno. No es susceptible

de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede ser invocada por todo interesado."

La posibilidad en el objeto de ser tanto física como jurídica. Para que la posibilidad en el objeto sea física, es necesario que los bienes que se transmiten, existan o puedan existir en la naturaleza, que a la realización de una determinada prestación no se oponga una Ley de la naturaleza.

La posibilidad jurídica consiste en que además de que los bienes que se encuentren en la naturaleza, deben existir en el comercio, que sean determinados o determinables. "En los testamentos, la imposibilidad jurídica se presenta cuando los bienes objeto de la transmisión están fuera del comercio; cuando no son determinados o susceptibles de determinarse y cuando los derechos u obligaciones se extingan con la muerte."(47)

b) Elementos de Validez.

a) La causa.- Se ha discutido mucha acerca de este elemento, inclusive se discute si es elemento esencial o de validez, o si ni siquiera es un elemento, y así ha surgido una teoría denominada "Doctrina Causalista", y una contraria llamada "Anticausalista".

(47). ROJINA VILLEGAS, Rafael.- Ob. Cit. Tomo II.- Editorial Porrúa. 14a. Edición. México, D.F. 1986. Pág.- 386

Para la Doctrina Causalista, si falta la causa, entonces el acto jurídico será inexistente. Más si existe la causa, pero esta es ilícita o falsa, entonces el acto será nulo.

Para la Anticausalista, la causa no existe, sino que, argumenta la Doctrina Causalista tomo a la voluntad o al objeto para llamarle causa. "con esto ha hecho una duplicidad absolutamente inútil, y además, falsa, pues en ocasiones confunde la causa con la manifestación de la voluntad y en otras con el objeto (esto ocurre con los contratos)."(48)

En 1832, durante la evolución de la jurisprudencia francesa, se cambió el término "causa", por el de la "impulsiva o determinante de la voluntad", como elemento del acto jurídico, y dice que el motivo determinante de la voluntad si es un elemento que tiene consecuencias respecto a la validez del mismo.

b) La incapacidad.- Respecto a este tema, no se profundizará ampliamente, ya que más adelante lo haremos con mayor amplitud, lo que si diremos es que en cualquier acto jurídico, la incapacidad produce, según el artículo 2228 del Código Civil, su nulidad relativa, pero en el testamento lo que produce es nulidad absoluta, ya que no señala un plazo de prescripción para la acción de nulidad de un testamento, y, la nulidad de un testamento hecho por un incapaz no será válida, por el hecho de que termine la incapacidad.

(48). Ob. Cit...pág. 386

c) Los Vicios de la Voluntad.- Nos ocuparemos del error, la violencia, el dolo y la lesión.

• El Error. La doctrina reconoce tres clases o grados de error, el que destruye la voluntad, originando la inexistencia del acto jurídico; el que solo vicia el consentimiento y provoca la nulidad relativa; y, el error llamado indiferente que no nulifica el acto que realiza. "En el testamento solo se reglamenta el primer caso, ya que el artículo 1301 del Código Civil solo nulifica las disposiciones testamentarias que se funden en una causa expresa, que resulte errónea si no ha sido la única que determinó la voluntad del testador."⁽⁴⁹⁾

Esto que menciona Aguilar Carbajal, puede ser puesto a discusión, y por esto, tomamos la opinión de Rafael Rojina Villegas: "En el acto jurídico unilateral no puede darse el caso de error destructivo de la voluntad, por que como se forma con la manifestación de una sola voluntad, basta con que se otorgue."⁽⁵⁰⁾

Para el autor mencionado, el grado de error que si se puede encontrar en el testamento es el segundo, es decir, el error que vicia el consentimiento. "En cambio, el segundo grado de error, llamado error-nulidad, que vicia la voluntad, si lo encontramos en el testamento. En general, al error-nulidad, tanto en el contrato

(49). Ob. Cit.- pág. 291

(50). ROJINA VILLEGAS, Rafael.- Ob. Cit.- pág. 394

como en el testamento, es el que recae sobre el motivo determinante de la voluntad, de tal manera que de haberse conocido no se hubiese celebrado el acto jurídico."(51)

Desde mi punto de vista, ambos autores tienen razón, se pueden dar los dos casos en grado de error en el testamento.

* El error destructivo de la voluntad. Es lógico, que si la persona que realizó el acto jurídico, no quería que este fuera un testamento, pero lo que realmente hace es un testamento, cae en este grado de error.

Así, si una persona quiere hacer una donación gratuita, pura y simple, a su hijo, y en lugar de ese acto, realiza un testamento, y cree que la propiedad pasa a su hijo con la realización del acto que ejecutó, no cabe duda de que está en un error destructivo de la voluntad, un error en cuanto a la naturaleza que está realizando, y por lo tanto es un acto inexistente.

* El error-nulidad. Este grado de error se puede dar en cuanto al motivo determinante de la voluntad, y es a este tipo de error al que se refiere el artículo 1301 del Código Civil, ya que dice que la disposición que se haga será nula, si la causa que la generó es errónea, y es la única que determinó la voluntad del testador.

(51). Ob. Cit.- pág. 395

* **Violencia.** Puede ser física o moral, aunque en el Código Civil, en lo relacionado a Sucesiones, no se refiere a la violencia física, sino solamente a la moral, como se puede ver en el artículo 1485.

"Art. 1485.- Es nulo el testamento que haga el testador bajo la influencia de amenazas contra su persona o sus bienes o contra la persona o bienes de su cónyuge, o de sus parientes."

Claro que aunque este precepto no se refiere a la violencia física, no implica que un testamento hecho bajo esas circunstancias sea válido, pues se debe aplicar lo dispuesto por el artículo 1819, para los contratos en general, por lo tanto será nulo el testamento si existe violencia física o moral.

Si el testamento fué otorgado bajo violencia, entonces como lo establece el artículo 1486, podrá ser revalidado cuando termine la violencia, pero con las mismas solemnidades que si se otorgara de nuevo. Realmente lo que se hará es otorgar un nuevo testamento, ya que se tendrán que seguir las mismas formalidades, aunque el testamento sea igual al que se hizo cuando existía la violencia.

* **Dolo.** Dentro de este tocaremos al fraude también, ya que el artículo 1487 del Código Civil establece "es nulo el testamento captado por dolo o fraude".

El dolo es el empleo de maquinaciones o artificios para inducir a error o mantener en él al testador. El fraude, es el silencio para mantener el testador en el error que sufre. Así pues se puede decir que el dolo es activo, y el fraude pasivo.

La nulidad que provoca el dolo en el testamento es absoluta, ya que el testador no puede convalidarlo en virtud de que el testamento surte efectos a partir del momento de la muerte del testador, y lógicamente un muerto no puede convalidar nada, además la Ley no señala el plazo en que pueda prescribir la acción que se tiene, y puede ser invocado por cualquiera. Lo mismo se aplica en el caso de fraude.

* Lesión.- Esta no puede darse en el testamento por ser un acto jurídico gratuito, por lo tanto queda fuera de nuestro estudio.

d) Forma.- El testamento es un acto jurídico formal, ya que debe ser otorgado por escrito y excepcionalmente puede ser verbal.

Para que el testamento sea válido deben de seguirse una serie de solemnidades como la de que la voluntad del testador debe ser expresa, y nunca puede ser monosílabos, ni mucho menos tácita o a señas.

El Código Civil es claro y terminante, al estipular en su artículo 1491, lo siguiente:

"Art. 1491.- El testamento es nulo cuando se otorga en contravención a las formas prescritas en la Ley."

Las formalidades que debe tener cada clase de testamento, las estudiaremos cuando veamos las especies que hay de estos.

B. Carácter Personalísimo, Revocable y Libre del Testamento.

Separemos estos tres conceptos y veamos a cada uno por separado.

1. Testamento como Acto Jurídico Personalísimo. Esto quiere decir que cada quien debe hacer su testamento en persona, es decir, no se puede otorgar por medio de representante, mandatario o procurador. Es de suponerse, que si es la última voluntad del testador, lo que va a manifestar en el testamento, es aquel quien tiene que hacerlo, y no dejar en manos de un tercero la disposición de sus bienes para después de su muerte.

"Consecuentemente, puesto que el testamento es la voluntad misma del testador y no la de un tercero, no puede dejarse a otra persona la designación de herederos o legatarios, ni la de cantidades que deben recibir, con excepción del caso de mandas fundaciones."(52)

(52). FERNANDEZ AGUIRRE, Arturo.- Ob. Cit.- pág.369

Lo que si puede encargarse a un tercero, es que distribuya los bienes o cantidades de dinero, que el testador hubiere dejado a un número determinado o indeterminado de personas, o alguna clase en especial, como por ejemplo, "los huérfanos", es decir, si el testador asigna NS100,000.00 a los huérfanos, por ser un número ilimitado de personas, se encargará a una persona, un tercero, que distribuya esa cantidad entre los huérfanos que el estime conveniente. Este tercero puede ser Albacea General, o bien un Albacea Especial. Esto se encuentra reglamentado por los artículos 1297 y 1298 del Código Civil.

"Art. 1297.- Ni la subsistencia del nombramiento del heredero o de los legatarios, ni la designación de las cantidades que a ellos correspondan, puede dejarse al arbitrio de un tercero."

"Art. 1298.- Cuando el testador deje como herederos o legatarios a determinadas clases formadas por número ilimitado de individuos, tales como pobres, los huérfanos, los ciegos, etc., puede encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje para ese objeto y la elección de las personas a quienes deban aplicarse, observándose lo dispuesto por el artículo 1330."

Desde mi punto de vista, el carácter personal del testamento no estriba en esto último, que es mencionado por algunos autores, pues ese carácter recae sobre el testamento mismo, en cuanto a su redacción y contenido, y no en su ejecución, que sería el caso de lo expuesto por el párrafo anterior.

Otro aspecto del carácter personalísimo del testamento es que solamente puede otorgarse por una persona, el testador, y nadie más, es decir, en un testamento, únicamente puede manifestarse la voluntad de una persona y no de otras más. En cada testamento únicamente puede disponer de sus bienes una persona, así lo establece el artículo 1296 del Código Civil.

"Art. 1296.- No pueden testar en el mismo acto dos o más personas, ya en provecho recíproco, ya en favor de un tercero."

2. Testamento como Acto Jurídico Revocable.- El testamento es un Acto Jurídico eminentemente Revocable, puede ser revocado en todo momento, ya que el testador puede disponer de sus bienes como a el mejor le parezca.

Siendo el testamento la última voluntad del testador para después de su muerte, y no surte efectos si no hasta el que lo otorgó haya fallecido, entonces puede el testador revocarlo cuantas veces quiera, pues en dicho instrumento el testador a nada se obliga.

La facultad que se tiene para revocar el testamento es irrenunciable, así lo establece el artículo 1493 del Código Civil.

"Art. 1493.- La renuncia de la facultad de revocar el testamento es nula."

No se puede renunciar a la facultad de revocar un testamento, así como tampoco se puede hacer pacto para restringir o modificar esa facultad, es decir, no se puede hacer un pacto para no revocar una disposición que se encuentre dentro del testamento, en otras palabras, no se puede hacer pacto para revocar un testamento con excepción de una parte en especial. "Todo pacto en este sentido es nulo, dice el Código Civil hablando impropriadamente de nulidad, por que no se trata de un acto ilícito, ejecutado contra una Ley, si no de un acto inexistente, que ni siquiera llega a tener relación, porque una norma jurídica de plano lo impide."(53)

Consecuencia de este carácter revocable del testamento, y que se relaciona con el carácter personalísimo del mismo, que ya vimos, es el que no pueden en un solo testamento disponer de sus bienes y derechos dos o mas personas ya que si esto fuera posible, no podría uno de los testadores revocar su testamento, sin revocar la disposición del otro o los otros.

La revocación del testamento puede ser tácita, es decir, con el solo otorgamiento de un testamento posterior, se revoca el testamento.

"Art. 1494.- El testamento anterior queda revocado de pleno derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en este su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte."

(53), ROJINA VILLEGAS, Rafael.-Ob. Cit.- Pág. 382

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

La parte final de este precepto quiere decir que si en el segundo testamento se menciona que parte del primero, o todo, debe subsistir, entonces esa parte que se menciona no quedará revocada.

El hecho de que un testamento haya quedado revocado por uno posterior, no quiere decir que ya no vaya a servir nunca, pues el testador puede, si así lo expresa, revocar el posterior y hacer que el primero recobre toda su fuerza y valor.

"Art. 1496.- El testamento anterior recobrará, no obstante su fuerza, si el testador revocando el posterior, declara ser su voluntad que el primero subsista."

Pero si el segundo testamento caducó por cualquier causa, el primero no podrá volver a valer, pues como lo establece el artículo 1495 del Código Civil, la revocación produce sus efectos aunque el segundo testamento caduque por la incapacidad o renuncia del heredero o de los legatarios nombrados en el segundo.

3.- Testamento como Acto Jurídico libre.- Esta característica consiste en que el testador puede disponer de todos sus bienes, o de parte de ellos si así lo desea, por lo tanto no es necesario, si no lo quiere así, que disponga de todos sus bienes, si el desea, puede disponer de parte de sus bienes únicamente, y que la parte de bienes que no entren en la sucesión testamentaria, entren en la Sucesión Legítima.

"Por virtud de este acto se puede disponer no solo de los bienes propios, sino aún cuando parezca extraño, de los ajenos, en forma de obligación o condición para el heredero o para un legatario."(54)

Efectivamente, aún cuando parezca raro, el testador puede disponer de los bienes ajenos, pero no quiere decir, que al momento de hacer la partición, se vaya a despojar a alguien de sus pertenencias para entregarlas al heredero o legatario, si no que, si el testador instituye un legado a favor de "X" persona, de un bien que no es propiedad del testador, entonces es obligación del heredero adquirir ese bien para entregárselo al legatario, y si no le es posible adquirirlo, entonces pagará al legatario lo equivalente en dinero.

C. Capacidad Para Testar.

En relación con la capacidad que se tiene para testar, el Código Civil, la contempla en el artículo 1305 que dice:

"Art. 1305.- Pueden testar todos aquellos a quienes la Ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho."

Este artículo es la regla general, todo mundo puede hacer un testamento, ya que según este precepto, cualquier persona sin importar sexo, religión o raza, puede disponer de sus bienes para después de su fallecimiento.

(54). FERNANDEZ AGUIRRE, Arturo.-Ob. Cit.- Pág. 368

Sin embargo, por exclusión, el Código Civil, establece quienes no pueden testar, y así el artículo 1306, establece la regla especial de la siguiente forma:

"Art. 1306.- Están incapacitados para testar:

- I.- Los menores que no hayan cumplido dieciseis años de edad, ya sean hombres o mujeres;
- II.- Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio."

De esta manera encontramos que legalmente cualquier persona que no caiga dentro de los supuestos del artículo 1306, puede hacer su disposición testamentaria. Pero ¿que sucede si alguna persona cae dentro de alguno de esos dos supuestos?

En los casos de la fracción primera, si un menor de dieciseis años fallece y tiene bienes, se abrirá la Sucesión Legítima, o Intestada y heredarán quienes tengan mejor derecho.

En los supuestos de la fracción segunda del precepto que se comenta, la Ley establece una excepción, que es cuando haya intervalos de lucidez, lo que está reglamentado de una forma especial, en los artículos 1307 al 1312 del Código civil.

Si el testamento es hecho por un demente en un estado de lucidez, deberá sujetarse a ciertos requisitos que son los siguientes:

a) Se deberá presentar solicitud por escrito al Juez competente, quién nombrará dos médicos especialistas que dictaminen acerca de la salud mental del interesado. La solicitud deberá ser presentada por el tutor, o bien por la familia de quien pretenda hacer el testamento, el juez, deberá estar presente durante el exámen que se haga al enfermo, y podrá si así lo desea, hacer todas la preguntas que estime pertinentes, hasta quedar completamente convencido de la capacidad del interesado (artículo 1308).

b) El resultado del examen que se practique a la persona que tenga la intención de testar, deberá constar por escrito en el acta formal. (artículo 1309).

c) Si el exámen practicado es positivo, se procederá a la redacción del testamento, que deberá ser Público Abierto, ante Notario Público, y con todas las formalidades inherentes a esta clase de testamento (artículo 1310).

d) Una vez terminado el testamento, será firmado por el testador, por el Notario, y los testigos que hayan intervenido en el mismo, aparte, firmarán el Juez y los expertos que hayan hecho el exámen al testador, además, al pie del acta, se pondrá una razón en la que se hará constar que el testador conservó su lucidez durante todo el acto, sin esta razón, el testamento será nulo (artículo 1311).

Existe una excepción en cuanto a las incapacidades que establece el artículo 1306, específicamente por lo que se refiere a la fracción primera, en cuanto a la edad, esta excepción la encontramos en lo referente a Testamentos Ológrafos, pues esta

clase de testamento no puede ser otorgada ni siquiera por una persona de dieciseis años, sino como lo establece el artículo 1551, debe ser otorgado por personas mayores de edad.

D. Capacidad Para Heredar.

En este caso, igual que en la capacidad para testar, la Ley señala por exclusión quienes no son capaces para heredar. En cuanto a la capacidad que se tiene para suceder, también existe una regla general, y una regla especial, es decir, en principio toda persona puede heredar, excepto aquellas que expresamente señala la Ley como incapaces para ello. En relación con este tema, el Código Civil contempla las dos reglas en un solo artículo.

"Art. 1313.- Todos los habitantes del Distrito Federal, de cualquier edad que sean, tienen capacidad para heredar, y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto; pero con relación a ciertas personas, y a determinados bienes, pueden perderla por alguna de las causas siguientes:

I.- Falta de personalidad;

II.- Delito;

III.- Presunción de influencia contraria a la libertad del testador o a la verdad o integridad del testamento;

IV.- Falta de reciprocidad internacional;

V.- Utilidad pública;

VI.- Renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento".

En cuanto a la regla general, Antonio de Ibarrola, critica la primera parte, y nos dice: "Este artículo enuncia un principio falso: no solo los habitantes del Distrito Federal y Territorios Federales (actualmente unicamente para el Distrito Federal, pues ya no hay Territorios Federales y en esta materia no rige en materia federal), y unicamente puede establecer quienes tienen capacidad en el Distrito Federal, y no puede decir quienes pueden hacerlo en Francia o en Hungría, inclusive tampoco puede determinar quien tiene capacidad para heredar en cualquier Estado de la República, si no solamente en el Distrito Federal, así pues, desde mi punto de vista, el Código no "enuncia un principio falso", como lo dice Antonio de Ibarrola si no que correctamente se concreta a estipular quienes pueden heredar dentro de la zona geográfica que se rige por dicho ordenamiento, ya que si todos los habitantes del mundo tienen capacidad para heredar, eso corresponde determinarlo a la legislación de cada País, y no al Código Civil para el Distrito Federal.

Ahora bien, estudiemos una por una las incapacidades que menciona el Código en el precepto mencionado con anterioridad:

a) Falta de personalidad.- Esta primera incapacidad esta contemplada en el artículo 1314 del Código Civil.

"Art. 1314.- Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor

de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 337."

Es indudable que para que una persona pueda heredar, deba existir, es decir, no puede entenderse el hecho de que algo o alguien que no exista pueda heredar, pero para que pueda heredar no es necesario unicamente el hecho de que exista, si no que debe de tener una vida jurídica. No simplemente por el hecho de nacer, una persona tiene vida jurídica, no por el hecho de ser concebido se tiene derecho a heredar, si no que se requiere que ese ser nacido sea viable, como lo establece el artículo 337.

"Art. 337.- Para los efectos legales, solo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive venticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando una de esas circunstancias nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad."

Según lo dispuesto por el artículo 1314, a contrario sensu, para que un ser tenga personalidad para heredar, es necesario que ya haya sido concebido al momento de la muerte del autor de la sucesión, y además de que sea viable conforme a al artículo 337. "Para adquirir un derecho es necesario existir. Se considera ya vivo al solo concebido. Pero ni por donación ni por testamento se puede gratificar a una persona que todavía no está concebida, bien que sea en el momento del acto o bien el momento de la muerte del de cuius."(55)

(55). Ob. Cit.- pág. 783

Es importante hacer énfasis, en que el individuo debe ser concebido al momento de la muerte del testador, y no al momento de hacer el testamento, ya que se puede instituir a un hijo que aun no ha nacido y si al momento de la muerte del testador ya nació y es viable, entonces será heredero. Esto se encuentra reglamentado por el artículo 1315.

"Art. 1315.- Será, no obstante, válida la disposición hecha en favor de los hijos que nacieran de ciertas y determinadas personas durante la vida del testador."

b) Delito.- Respecto a la incapacidad legal para heredar por delito, el Código regula en los artículos del 1316 al 1320.

"Art. 1316.- Por razón de delito son incapaces de adquirir por testamento o por intestado:

I.- El que haya sido condenado, mandado, intentado dar muerte a la persona de cuya sucesión se trate, o a los padres, hijos, cónyuge o hermanos de ella.

II.- El que haya hecho en contra del autor de la sucesión, sus ascendientes, sus descendientes, hermanos o cónyuge, acusación de delito que merezca pena capital o de prisión, aun cuando aquella sea fundada, si fuera su descendiente, su ascendiente, su cónyuge o su hermano, a no ser que ese acto haya sido preciso para que el acusador salvara su vida, su honra, o la de sus descendientes, ascendientes, hermanos o cónyuge;

III.- El cónyuge que mediante juicio ha sido declarado adúltero, ya sea que se trate de la sucesión de este o de la del cónyuge inocente;

IV.- El coautor del cónyuge adúltero, ya sea que se trate de la sucesión de este o de la del cónyuge inocente;

V.- El que haya sido condenado por delito que merezca pena de prisión, cometido en contra del autor de la herencia, de sus hijos, de su cónyuge, de sus ascendientes, o de sus hermanos;

VI.- El padre y la madre respecto del hijo expuesto por ellos;

VII.- Los padres que abandonaren a sus hijos, prostituyeren a sus hijas, o aientaran a su pudor respecto de los ofendidos;

VIII.- Los demás parientes del autor de la herencia que, teniendo la obligación de darle alimentos, no los hubiera cumplido;

IX.- Los parientes del autor de la herencia, que hallándose este imposibilitado para trabajar y sin recursos, no se cuidaren de recogerlo o hacerlo recoger en establecimiento de beneficencia;

X.- El que usare violencia, dolo o fraude con una persona para que haga, deje de hacer o revoque su testamento.

XI.- El que, conforme al Código Penal, fuere culpable de su prisión, sustitución o suposición de infante, siempre que se trate de la herencia que debió corresponder a este o a las personas a quienes se haya perjudicado o intentado perjudicar con estos actos."

Este precepto establece varias causas por las que por incapacidad no se puede heredar, pero como se desprende de la lectura, no todos son propiamente delitos, que algunos son mejor dicho actos en contra de la moral. "El artículo 1316 enumera, además de las causas en que se integran verdaderos delitos, como motivo de la incapacidad, otros casos en los que mas bien son actos inmorales que delictuosos."(56)

No es necesario explicar cada uno de los casos enumerados por el artículo 1316, ya que estos se explican por si mismos, la única que necesita, a mi parecer, una explicación, y por que se relaciona con el artículo 1317, es la fracción segunda, veamos primero lo que dice este artículo:

"Art. 1317.--Se aplicará también lo dispuesto en la fracción II del artículo anterior, aunque el autor de la herencia no fuere descendiente, ascendiente, cónyuge o hermano del acusador, si la acusación es declarada calumniosa."

De la lectura del artículo 1316 y del artículo 1317 se concluye que sea contra quién fuere la acusación, sea fundada o calumniosa, el acusador es incapaz de

(56). AGUILAR CARBAJAL, Leopoldo.-Ob. Cit.- pág. 302

heredar del autor de la sucesión, salvo que, como lo establece la parte final de la fracción segunda, haya sido para salvar la vida del acusador, su honra, o la de sus ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuge.

Esta incapacidad es relativa, ya que se puede recuperar la capacidad de heredar del ofendido, ya sea por sucesión legítima, o por testamentaria. "Como la dignidad se considera una desheredación tácita, fue lógico deducir que si el autor de la sucesión perdonaba al heredero, la Ley no podría ya separarlo de la sucesión, de la que el propio autor no quería excluirlo."(57)

Así, si el autor de la sucesión muere intestado, pero declaró, ya sea por escrito o verbalmente (ya que la Ley únicamente dice "por declaración auténtica"), el perdón del ofensor, o bien, lo dió a entender por hechos que no dejasen duda alguna, este recobrará la capacidad para heredar del ofendido.

"Art. 1318.- Cuando la parte agraviada de cualquiera de los modos que expresa el artículo 1316 perdonare al ofensor, recobrará éste el derecho de suceder al ofendido, por intestado, si el perdón consta por declaración auténtica o por hechos indubitables."

(57). FERNANDEZ AGUIRRE, Arturo.-Ob. Cit.- pág. 405

En el caso de que el ofendido haya fallecido y hubiera otorgado el testamento, el ofensor puede recuperar su capacidad, si aquél, después de haber conocido la ofensa, lo instituyó heredero, o bien ratifica su institución con las mismas solemnidades. Esto último presupone, que se otorgue nuevamente el testamento, es decir, si se tiene que ratificar con las mismas solemnidades, lo que se está haciendo, es un nuevo testamento.

c) Presunción de influencia contraria a la libertad del testador o a la verdad o integridad del testamento.- Esta incapacidad la podemos dividir en dos partes, primero la presunción de influencia contraria a la libertad del testador, que se encuentra en los artículos 1321, 1322, 13213 y 1325 del Código; y segundo, la presunción de influencia contraria a la verdad o integridad del testamento, regulada en el artículo 1324 del propio Código.

* Presunción de influencia contraria a la libertad del testador.- Dentro de esta incapacidad encontramos tres casos específicos, y esos son señalados tanto por la doctrina como por la Ley. El primero de los casos que estudiaremos es el comprendido en los artículos 1321 y 1322.

"Art. 1321.- Por presunción de influjo contrario a la libertad del autor de la herencia son incapaces de adquirir del menor los tutores y curadores, a no ser que sean instituidos antes de ser nombrados para el cargo o después de la mayor de edad de aquél, estando ya aprobadas las cuentas de la tutela."

"Art. 1322.- La incapacidad a que se refiere el artículo anterior no comprende a los ascendientes ni hermanos del menor observándose en su caso lo dispuesto en la fracción X del artículo 1316."

Recordemos que un menor de edad si puede otorgar testamento, ya que la mayoría de edad se adquiere a los dieciocho años y la edad mínima para testar es la de dieciseis, por lo tanto las personas que se encuentren entre los dieciseis y los dieciocho años, son menores de edad, pero si pueden otorgar testamento. "Veamos que la prohibición no se extiende a los parientes del tutor o curador. Una de tantas inexplicables de la Ley. El pupilo nombra heredero al tutor: aun cuando en la fecha del fallecimiento del mismo haya rendido sus cuentas y esten aprobadas, la institución será nula, como HECHA POR UN INCAPAZ."(58)

En efecto, esta es la única excepción en que la incapacidad no se extiende a los parientes del incapaz, pues como veremos en los dos casos siguientes, la incapacidad si se extiende a los parientes del incapaz, como lo dice Antonio de Ibarrola, en una de las tantas cosas inexplicables de la Ley.

Otra situación, también especial de este caso de incapacidad, es que se da en el momento de hacer el testamento, y no a la muerte del autor de la herencia, esto quiere decir, que el tutor o curador nombrados herederos después de ser otorgado el

(58). DE IBARROLA, Antonio.-Ob. Cit. - pág. 793

testamento, o antes de ser aprobadas las cuentas de la tutela, son incapaces, sin importar cuando fallezca el testador.

Esto implica que un menor de edad no puede instituir como heredero a su autor, ya que este es incapaz para heredar de aquél, puesto que si lo instituye antes de ser nombrado tutor, lógicamente, no está instituyendo heredero a su autor, y si lo hace después de su mayoría de edad, ya no es su tutor, ya que la tutela se extingue cuando desaparece la incapacidad del pupilo, pero, en este caso, cuando deje de ser menor de edad, las cuentas de la tutela ya deben de haber sido aprobadas, pues si no lo han sido, el que fue tutor del ahora mayor de edad, sigue siendo incapaz.

Ahora bien, todo lo hasta aquí expuesto no se aplicará a los ascendientes o hermanos del menor, es decir, estos pueden ser instituidos herederos por el menor en cualquier tiempo, sean o no tutores o no del testador y siempre serán capaces para heredar, a no ser que se demuestre que se dió uno de los supuestos de la fracción X del artículo 1316.

El segundo caso que se da en la presunción de influencia contraria a la libertad del testador, es la contenida en el artículo 1323 del Código Civil.

"Art. 1323.- Por presunción contraria a la libertad del testador, son incapaces de heredar por testamento el médico que haya asistido a aquél que durante su última enfermedad, si entonces hizo su disposición testamentaria, así como el cónyuge,

ascendientes, descendientes y hermanos del facultativo a no ser que los herederos instituidos sean también herederos legítimos."

De este artículo se desprenden tres supuestos; primero que el médico haya asistido al testador durante su última enfermedad; que haya sido durante esa última enfermedad cuando se haya otorgado el testamento; y tercero que el médico o los familiares de éste, que señala el artículo no sean herederos legítimos del testador.

El primer supuesto: Es incapaz para suceder a una persona, el médico que lo haya asistido durante su última enfermedad, pero para que el médico sea incapaz, se necesita que el testador haya fallecido durante o a consecuencia de la enfermedad, pues si no es así, el médico si es capaz de heredar, es decir, si el testador fallece por una causa diferente a la enfermedad (ejemplo - un accidente automovilístico), no hay por que suponer que el médico influyó en el autor de la herencia.

El segundo supuesto: Nos dice que el testamento se haya otorgado durante la enfermedad, puesto que si se hizo antes o después, tampoco hay porque suponer que el médico haya influenciado al testador para que lo nombrara heredero a él o a alguno de sus familiares.

El tercer supuesto: Es que el médico o sus familiares no sean herederos legítimos, no importa que el médico haya asistido al testador durante su última enfermedad y que durante ésta se haya otorgado el testamento. Este supuesto es la excepción de la incapacidad.

Como se desprende de la lectura del artículo en estudio, en este caso, la incapacidad si se extiende a los familiares del incapaz, a su cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos.

El tercer caso de incapacidad por presunción de influencia contraria a la libertad del testador, es la contemplada en el artículo 1325.

"Art. 1325.- Los ministros de los cultos no pueden ser herederos por testamentos de los ministros del mismo culto o de un particular con quien no tenga parentesco dentro del cuarto grado. La misma incapacidad la tienen los ascendientes, descendientes, cónyuges o hermanos de los ministros, respecto de las personas a quienes estos hayan prestado cualquier clase de auxilios espirituales, durante la enfermedad de que hubieren fallecido, o de quienes hayan sido directores espirituales los mismos ministros."

Esta clase de incapacidad únicamente se da en la segunda parte del precepto mencionado, es decir, en lo relacionado a los parientes de los ministros que hayan prestado auxilios espirituales durante la enfermedad del testador, también son incapaces de heredar los parientes de los ministros que hayan sido directores del testador.

Para que sean incapaces las personas mencionadas deben ser ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos del ministro que prestó los auxilios espirituales, pero también se debe dar el hecho de que haya sido la enfermedad durante la cual se hayan prestado esos auxilios, de la que haya fallecido el autor de la sucesión, ya que si no es de esa enfermedad, no son incapaces los parientes del ministro para heredar.

También, como en el caso anterior, es necesario que el testamento se haya otorgado durante la enfermedad ya que se hizo antes, no se puede presumir que haya habido influencia por parte del ministro.

Es importante tomar en cuenta que únicamente son incapaces los parientes del ministro, ya que el propio ministro es incapaz para heredar en cualquier caso, siempre y cuando no sea pariente hasta el cuarto grado del testador; en cambio, los parientes del ministro pueden no ser parientes del testador y ser capaces para heredar, mientras no se de el caso ya expuesto.

La misma incapacidad tienen los parientes del ministro que haya sido director espiritual del testador, pero en este caso, la incapacidad no es únicamente si el testamento se hizo durante la última enfermedad del testador, sino siempre, desde que el ministro haya sido director espiritual del autor de la herencia, hasta que deje de serlo.

* Presunción de influencia contraria a la verdad o integridad del testamento.-
Las personas que son incapaces para heredar por esta causa son las que menciona el artículo 1324 del Código civil.

"Art. 1324.- Por presunción de influjo contrario a la verdad e integridad del testamento, son incapaces para heredar el notario y los testigos que intervinieron en el y su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos."

Este artículo está relacionado con la fracción sexta del artículo 1502 del mismo ordenamiento que a la letra dice:

"Art. 1502.- No pueden ser testigos del testamento...

VI.- Los herederos o legatarios, sus descendientes, ascendientes, cónyuge o hermanos. El concurso como testigo de una de las personas a la que refiere esta fracción solo produce como efecto la nulidad de la disposición que beneficie a ella o a sus mencionados parientes..."

Rojina Villegas, nos dice que la incapacidad no se da si el Notario o los testigos son herederos legítimos. "Se considera que se ha violado la integridad del testamento cuando se instituyan herederos al Notario o a los testigos que intervinieron en el testamento, a no ser que sean herederos legítimos."(59)

(59). ROJINA VILLEGAS, Rafael.-Ob. Cit.- pág. 367

Esto no es factible, ya que si el Notario es heredero legítimo del testador, es por que es pariente de este dentro del cuarto grado por consanguinidad, o dentro del segundo grado por afinidad, y si se encuentra en este caso, entonces no pueda autorizar el testamento, ya que la Ley del Notariado le prohíbe intervenir en actos en los que tengan algún interés parientes dentro de los grados indicados.

En el caso de los testigos, si son herederos legítimos, de todas formas son incapaces para heredar en la sucesión testamentaria, ya que la fracción VI del artículo 1502, expresamente dice que será nula la disposición que lo beneficie a él o a sus parientes que menciona esa misma fracción.

Respecto a la incapacidad que hemos estudiado en todo este inciso, me resta decir que además de que serán nulas las disposiciones que se hagan en favor de incapaces, si el Notario que haya autorizado el testamento tenía conocimiento de la incapacidad, sufrirá la pena de pérdida de oficio, sanción esta, que establece el artículo 1326 del Código Civil.

d) Falta de Reciprocidad Internacional.- La incapacidad a que se refiere esta fracción, es la relación a la incapacidad que tienen los extranjeros para heredar, ya que sea dentro de la sucesión legítima o testamentaria, a los mexicanos, pero los nacionales de otros países son incapaces solamente cuando las leyes de sus estados no permitan que los mexicanos hereden, esto lo dispone al artículo 1328 del Código Civil.

"Art. 1328.- Por falta de reciprocidad internacional, son incapaces de heredar por testamento o por intestado a los habitantes del Distrito Federal, los extranjeros que según las Leyes de su país, no pueden tener o dejar por intestado sus bienes a favor de los mexicanos."

Recordemos que el Código Civil menciona a los habitantes del Distrito Federal, ya que únicamente rige en esa entidad.

e) Utilidad Pública.- La incapacidad que tienen algunas personas tanto físicas como morales para heredar, esta regulada por el Código Civil, pero este se remite a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sus Leyes Reglamentarias y la Ley de Beneficiencia Privada.

En primer lugar veremos lo que establece la primera parte del artículo 1325 del Código Civil, precepto que ya hemos estudiado. Este artículo no hace más que reproducir lo que ordena el antepenúltimo párrafo del artículo 130 de la Constitución Política, al decir que los ministros de cualquier religión tienen incapacidad legal para heredar por una disposición constitucional, y por tal motivo, no podrán ser herederos ni de ministros del mismo culto, ni de personas que no sean parientes dentro del cuarto grado, por lo tanto, un ministro de cualquier culto religioso solamente puede heredar ya por testamento, ya por intestado, de un pariente que se encuentre dentro de ese grado de parentesco. "Esta incapacidad no es más que una consecuencia del artículo 130 de la Constitución y que se reglamentó en el Código Civil, a fin de evitar

los bienes de manos muertas, y que la iglesia obtuviere capitales o bienes en propiedad."(60)

Otro caso que se presenta dentro de la capacidad para heredar por utilidad pública, es aquél que se refiere a los extranjeros y a las personas morales, estos son capaces para heredar, pero con la limitación que impone el artículo 27 de la constitucional y sus Leyes Reglamentarias, como ejemplo podemos mencionar la incapacidad que tienen los extranjeros para adquirir bienes dentro de la zona prohibida de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta kilómetros en las playas.

Son incapaces para heredar también las "Asociaciones Religiosas llamadas Iglesias", ya que el artículo 1330 del Código Civil dice:

"Art. 1330.- Las disposiciones testamentarias hechas en favor de los pobres en general o del alma, se regirán por lo dispuesto en los artículos del 75 al 87 de la Ley de Beneficiencia Privada."

Las hechas en favor de las iglesias, sectas o instituciones religiosas, se sujetarán a lo dispuesto en los artículos 27 constitucional y 88 de la citada Ley de Beneficiencia."

(60). AGUILAR CARBAJAL, Leopoldo.-Ob. Cit.- pág. 303

Lo que dispone el artículo 27 constitucional en su fracción segunda es:... "Las asociaciones religiosas denominadas iglesias, cualquiera que sea su credo, no podrán en ningún caso, tener capacidad para adquirir, poseer o administrar bienes raíces, ni capitales impuestos sobre ellos."

Así pues, como al heredar generalmente se adquiere un determinado bien y las Iglesias no tienen capacidad para adquirir bienes, en consecuencia las Iglesias no tienen capacidad para heredar.

f) **Renuncia o Remoción de algún cargo conferido en el Testamento.** - Cuando una persona haya sido designado tutor, curador o albacea en el testamento y no cumpla con ese cargo, sin causa que lo justifique, será incapaz para heredar, si además el cargo que se le confirió se le instituyó heredero, pero si el Juez desecha la excusa que haya presentado y cumple con el cargo que se le designó en el testamento, entonces si tendrá capacidad para heredar, toda vez que aunque haya pretendido no desempeñar sus funciones, las realizó por no haber sido aceptada la causa por la que pretendía no desempeñarlo.

También serán incapaces para heredar las personas que habiendo aceptado el cargo conferido, hayan sido separados judicialmente de él por su mala conducta.

El artículo 1333 habla de la incapacidad que tienen quienes se hayan rehusado a desempeñar el cargo de tutor que le haya sido conferido no por testamento, sino por

la Ley, es decir, quien deba desempeñar la tutela legítima, y no lo haga sin causa justificada, no es capaz para heredar en la sucesión de quién debió ser tutor.

Ahora veremos algunos preceptos que son aplicables a la incapacidad para heredar en general, es decir, se aplican en todos los casos que hemos visto hasta ahora.

La capacidad para heredar se debe tener, en todos los casos al momento del fallecimiento del autor de la sucesión, con la única excepción que ya se vió que es en caso de que los tutores y curadores el menor, cuando este haga su testamento. En cuanto a la regla general de que el heredero debe ser capaz al momento del fallecimiento del testador, se regula en el artículo 1334 del Código Civil.

Existe otra excepción, si así se le puede llamar y es lo establecido en el artículo 1335, que habla de cuando hay una condición en la disposición testamentaria, en este caso, el heredero debe de ser capaz al momento en que se cumpla la condición.

Por otra parte, si el testador instituye a una persona como heredero y al momento del fallecimiento, o al cumplirse la condición es incapaz, no transmitirá ningún derecho a sus herederos y la herencia corresponderá a los herederos legítimos del testador, o bien, si dispuso alguna otra cosa, entonces pasará a pertenecer a quien lo haya dispuesto el testador, y quien herede en lugar del incapaz, tendrá las mismas obligaciones que hubiere tenido este.

En cuanto a quien puede hacer valer la incapacidad y en que momento, el Código Civil lo señala en sus artículos 1341 y 1342 lo siguiente:

"Art. 1341.- La incapacidad no produce el efecto de privar al incapaz de lo que hubiere de percibir, si no después de declarada en juicio, a petición de algún interesado, no pudiendo promoverla el Juez de oficio."

"Art. 1342.- No puede deducirse acción para declarar la incapacidad pasados tres años desde que el incapaz este en posesión de la herencia o legado, salvo que se trate de incapacidades establecidas en vista del interés público, las cuales en todo tiempo pueden hacerse valer."

La acción para declarar la incapacidad, según los preceptos anteriores, solamente puede ser ejercida por algún interesado y dentro del término de tres años, no procede de oficio, debe ser a petición de parte interesada y debe ser declarada en juicio, si no es así, no se podrá quitar al incapaz lo que haya obtenido o pueda obtener. Encontramos mutuamente una excepción y es que la acción para declarar la incapacidad prescribe a los tres años de que el incapaz entró en posesión de los bienes, excepto en la capacidad para heredar por causas de utilidad pública, pues la acción para que esta incapacidad sea declarada, no prescribe nunca.

CAPITULO III

C A P I T U L O I I I

III.- LEGISLACION ACTUAL.- CODIGO CIVIL DE 1928

Expedido 30 de agosto de 1928, por el General Plutarco Elias Calles, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 26 de mayo del año siguiente, pero no empezó a regir, sino hasta cuatro años más tarde, cuando se publicó en el Diario Oficial de fecha 1° de septiembre de 1932, el "Decreto por el cual se previene que el Código Civil de 30 de agosto de 1928 comenzará a regir el 1° de octubre de 1932", decreto expedido por quien en esa fecha era Presidente de la República el Ingeniero Pascual Ortiz Rubio, y que a la letra decía: "Decreto por el cual se previene que el Código Civil de 30 de agosto de 1928 comenzará a regir el 1° de octubre de 1932 publicado en el Diario Oficial de 1° de septiembre de 1932. PASCUAL ORTIZ RUBIO, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes sabed:

"Que en uso de la facultad que me concede el artículo 9° transitorio del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia federal, expedido el 30 de agosto de 1928, y en consonancia con las que el H. Congreso de la Unión, concedió al propio Ejecutivo a mi cargo, por decreto de 3 de enero de 1928, he tenido a bien expedir el siguiente: D E C R E T O

ARTICULO UNICO.- Se reforma el artículo Primero Transitorio del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la

República en materia federal, expedido el 30 de agosto de 1928 que quedará en los siguientes términos:

"Artículo 1º.- Este Código comenzará a regir el 1º de octubre de 1932."

Al entrar en vigor este ordenamiento, quedó derogado el de fecha 31 de marzo de 1884, que rigió desde el 1º de junio del mismo año, hasta el 30 de septiembre de 1932.

A. Exposición de Motivos.

Estudiaré los motivos que tuvo la comisión que realizó todos los trabajos preparativos para la elaboración de un nuevo Código Civil, que es el que actualmente tiene vigencia. expondré solo lo que refiere a la sucesión por testamento, y que se encuentra en el Libro Tercero.

Primeramente diré que la Comisión propuso que si el testador no institua a sus herederos legítimos como tales por testamento, si no a otras personas, entonces debía dejar el 20% de sus bienes a la Beneficiencia Pública, arguyendo que esto era para que los bienes extraídos de la sociedad vuelvan a ella, ya que no cumplirían con los deberes que impone la naturaleza.

"Por lo que se refiere a la sucesión por testamento, se ordenó que cuando el testador disponía de sus bienes en favor de las personas que no fueran sus herederos

legítimos, tenía la obligación de dejar a la Beneficiencia Pública el 20% de sus bienes. Cree la Comisión que el derecho de propiedad sobre los bienes no producidos por el esfuerzo del testador debiera concluir con su muerte y si no se introducen reformas mas severas es debido al criterio constitucional que garantiza la libre disposición de la propiedad y por que no desea privar de un estímulo para la producción y premio de la laboriosidad e inteligencia; mas no por eso debe reconocérsele el derecho absoluto de disposición, y es conveniente que cuando no destina sus bienes a cumplir los deberes que le impone la naturaleza, una parte de ellos vuelva a la comunidad de donde fueron extraídos. De esta manera se establece una doble corriente de aprobación de bienes y devolución de los mismos, que permitirá al Estado borrar en cuanto fuere posible esas odiosas diferencias establecidas en el dintel de la vida, que hacen que mientras unos al nacer se encuentren llenos de riquezas, otros no tengan ni para subvenir a las mas imperiosas necesidades, cuando ni los unos ni los otros han hecho algo que amerite esa diferencia de situación."

Esta propuesta no fue admitida, como se puede ver en el articulado del Código, pues no existe ningún precepto que obligue a una persona a que haga testamento, a dejar porcentaje alguno a la Beneficiencia Pública, siendo la única obligación que existe la de dejar alimentos a las personas que se mencionan en el artículo 1368, fuera de esto, el testador puede disponer con absoluta libertad de la totalidad de sus bienes.

Por otra parte, se introduce entre las formas del testamento, al ológrafo, que no había sido regulado por los Códigos anteriores. La Comisión, para evitar los

peligros de la falsificación, propuso que se hiciera por duplicado y que uno de los dos ejemplares fuera depositado en el Registro Público y el otro se le entregara al testador para que lo guardara, propuesta que fué aceptada.

Al introducir el testamento ológrafo, la Comisión lo hizo a fin de que fuera mas usado por la facilidad de su otorgamiento y costo minimo, criterio que no comparto, ya que los testamentos ordinarios es el que menos seguridades ofrece.

En cuanto a la prohibición que establece para que los ministros de cualquier culto puedan ser herederos, la Comisión la propuso fundamentándose en el articulo 130 constitucional y propuso también que la incapacidad se extendiera a los parientes del ministro. "para evitar que fácilmente fuera eludida la prohibición de heredar contenida en el precepto constitucional citado."

Por lo que hace a los albaceas, se estableció la obligación de caucionar el manejo de estos con el fin de que no prolongaran los juicios sucesorios indefinidamente. También se les impone que repartan los frutos de los bienes entre los herederos, hasta que se haga entrega definitiva.

Finalmente se otorgó a los herederos el derecho de revocar libremente el nombramiento de albacea, y la facultad de la minoria de herederos para nombrar un interventor, teniendo esto como causa principal que se vieran representados y definidos todos los intereses.

Todas estas propuestas de la Comisión, con excepción de la primera, fueron aceptadas, y se encuentran reguladas en el articulado del Código.

B. Clases de Testamentos.

La doctrina hace varias clasificaciones de testamentos entre las que encontramos las siguientes: Testamentos abiertos y cerrados, testamentos notariales y no notariales, y las que hace el Código Civil de testamentos ordinarios y especiales. Las primeras dos únicamente las reconoce la doctrina y no así la Ley, pero dentro de la última se pueden encontrar las demás, y esta si se encuentra regulada por nuestra legislación, por lo cual solamente estudiaremos la tercera de las clasificaciones mencionadas.

n) **Testamentos Ordinarios.**- Estos son, según Castán Tobeñas, comentado por Rafael de Pina, "los que la Ley regula para que sean otorgados en las circunstancias y con las formalidades normales."(61)

Los testamentos ordinarios son tres, conforme a lo establecido por el artículo 1500 del Código Civil:

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

(61): DE PINA, Rafael.- Ob. Cit.- págs. 321 y 322

I. Testamento Público Abierto.- La definición que enuncia el Código de este tipo de testamento es la siguiente: "Testamento Público Abierto es el que se otorga ante Notario Público y tres testigos idóneos.

Hay autores que dicen que es erróneo el que se llame público, ya que el cerrado también es un testamento autorizado por un funcionario investido de fe pública, pero se olvidan que el cerrado también se le ha calificado de público, aparte de que no lo es únicamente por el cargo que desempeña la persona que lo autoriza, sino por la publicidad de que goza. "Esta forma de testar es, desde luego, la más solemne habiéndose calificado su denominación de testamento público como equivocada, puesto que -se dice- "en cierto sentido también es público (en cuanto lo autoriza un funcionario de esta clase y tiene plena autenticidad), el testamento cerrado "(CASTAN), pero en realidad la denominación de público hace referencia a su publicidad más que a la calidad de la función del Notario que lo autoriza, aunque ésta influya también en ella."(62)

Expondré de una manera muy somera las formalidades de esta clase de testamento, toda vez que será materia de estudio más profundo en capítulos posteriores.

(62). FERNÁNDEZ AGUIRRE, Arturo.-Ob. Cit.- pág. 520

Debe ser otorgado por una persona capaz, quién expresará de un modo claro su voluntad al Notario y a tres testigos, debe llevarse a cabo en un solo acto y será levantado en el protocolo del fedatario, será firmado por el testador, los testigos y el Notario, quién además pondrá su sello.

Deberá contener la hora, el día, el mes y el año en que fué otorgado, nombre completo del testador, así como sus datos de identificación como son nacionalidad, lugar de origen, fecha de nacimiento, ocupación, estado civil, domicilio y el documento con el que se identifique ante el Notario, o bien la certificación de este, en el supuesto de conocer al testador.

Después se redactarán las cláusulas en la que se hará la designación de herederos, legatarios, tutores, curadores, albacea o albaceas, etc., y finalmente el Notario y los testigos certificarán que conocen al testador, que se encuentra libre de toda coacción y que el acto se llevó a cabo sin interrupción alguna. Por último, se pondrá la hora en que se terminó el acto, la autorización del fedatario y las firmas de quienes hayan intervenido en el.

2. Testamento Público Cerrado.- La definición de este testamento la encontramos en el artículo 1521 del Código Civil, pero no es completa, por lo que literalmente seguiremos a Arturo Fernández Aguirre, que es más completa: "El Testamento Público Cerrado se extiende por escrito, privadamente en un pliego que se encierra en una cubierta y así se presenta ante un Notario, constituyendo esta presentación su otorgamiento."(63)

(63). Ob. Cit.- pág. 3323

El documento puede ser escrito por el mismo testador o por alguna otra persona en su ruego, será redactado en papel común, firmándolo el testador en todas y cada una de las hojas que lo formen y al calce del mismo; en el supuesto de que no sepa o no pueda firmar, podrá hacerlo también otra persona designada por el, y en este último caso quién haya firmado a su ruego deberá constituirse junto con el a la presentación del documento, debiendo declarar el otorgante en este acto que aquella persona firmó a su ruego y deberá, además, junto con los testigos y el Notario firmar la cubierta del testamento.

Ahora bien, una vez firmado y redactado el testamento, deberá ser guardado en un sobre que el testador deberá cerrar y sellar, ya sea antes de ser presentado al Notario o en el momento que esto suceda.

En el momento que el documento guardado y sellado es presentado ante el Notario, deberán concurrir el testador, la persona que haya firmado por el y tres testigos. El testador declarará que en este sobre se encuentra su última voluntad.

En la cubierta del documento, el Notario hará constar lo anterior dando fe que se han cumplido las formalidades que exigen los artículos 1524 y 1525 del Código Civil, después de esta certificación firmarán el testador, los testigos y el Notario quién pondrá también su sello. El artículo 1526 establece que deberá llevar las estampillas del timbre correspondiente, pero esto actualmente ya no opera, en virtud de que la Ley General del Timbre ya no está vigente.

Por otra parte, el artículo 1530 señala una incapacidad especial para este tipo de testamento, aparte de las que ya hemos expuesto y nos da el artículo 1306, esta es cuando el testador no sabe o no puede leer, es decir, aquellos que estén privados de esa facultad, no pueden hacer testamento público cerrado, de lo que se puede concluir que los ciegos y los analfabetas son inhábiles para otorgarlo.

Ahora bien, cuando el testador es sordomudo deberá escribir de su puño y letra el documento, no pudiendo hacerlo nadie más, y deberá concurrir ante el Notario con dos testigos más de los requeridos para esta clase de testamento, es decir, con cinco testigos, escribiendo también de su puño y letra en la cubierta del documento y en presencia de todos, que ahí se encuentra su última voluntad la cual está totalmente escrita y firmada por el, haciendo constar esto el Notario, además de lo establecido por el artículo 1526. Si al momento de la presentación, el otorgante no puede firmar, se podrá hacer los que establecen los artículos 1528 y 1529 del Código Civil.

En el supuesto de que el testador sea solo mudo o solo sordo, entonces el documento sí podrá ser escrito por otra persona, pero la nota que se debe poner en la cubierta del documento deberá ser puesta y firmada por el testador, de conformidad con el artículo 1533.

Si falta alguna de las solemnidades que hemos expuesto, el testamento será nulo y quedará sin efectos siendo responsable el Notario de los daños y perjuicios que esto pueda ocasionar, además de que sufrirá la pena de pérdida de oficio.

Una vez realizado todo lo anterior, el Notario levantará un acta en el protocolo a su cargo, en la que hará constar el lugar, el día, el mes y el año en que fué autorizado el testamento, la entregará al testador para que éste la guarde o la entregue a quien el considere conveniente y de su entera confianza. También podrá, si así lo desea, depositarlo en el Archivo Judicial para lo que se observará lo dispuesto en el artículo 1538.

"Art. 1538.- El testador que quiera depositar su testamento en el Archivo, se presentará con el ante el encargado de este, quien hará asentar en el libro que con ese objeto debe llevarse una razón del depósito o entrega, que será firmada por dicho funcionario y el testador, a quien dará copia autorizada."

No es necesario que el testador acuda personalmente al Archivo Judicial, podrá hacerlo un mandatario, pero deberá otorgársele un poder especial para esto, que conste en escritura pública, que así quedará unido al testamento.

Siendo que no es obligatorio que el testamento sea depositado en el Archivo Judicial, puede, en caso de haberlo sido, ser retirado también cuando lo quiera el testador, pudiéndolo hacer el mismo o por medio de mandatario, siendo para esto al igual que para la entrega un poder especial otorgado con las formalidades de escritura pública.

3. Testamento Ológrafo.- Esta forma de testamento deberá ser escrito por el testador de su puño y letra, por duplicado (no cabiendo como en el anterior que lo

escriba otra persona a ruego del interesado), firmándolo y poniendo su huella digital en cada uno de los dos ejemplares. Si no está escrito totalmente por el testador y firmado por él, no será válido además de contener el día, el mes y el año en que fue otorgado.

Una cualidad de este testamento, en cuanto a la capacidad de poder hacerlo, es que solo podrán otorgarlo las personas mayores de edad, mayores de dieciocho años, rompiendo la regla general que establece que son capaces para testar quienes tengan dieciseis años o mas.

Una vez terminado el documento, pondrá el testador cada ejemplar en un sobre que cerrará procediendo después a depositar uno de ellos en el Archivo General de Notarias, requisito sin el cual no producirá efecto alguno el testamento, este depósito deberá hacerlo personalmente y acompañado de dos testigos que lo identifiquen, para el caso de que no sea conocido del encargado de dicho Archivo.

En el sobre del original del testador pondrá una anotación que según el artículo 1554 del Código Civil, debe ser la siguiente: "Dentro de este sobre se contiene mi testamento", y después de esta nota de asentará el lugar y la fecha en que se haya llevado a cabo el acto.

El otro sobre que contiene el duplicado del documento, el encargado del Archivo General de Notarias pondrá la razón a que refiere el artículo 1555:

"Art. 1555.- En el sobre cerrado que contenga el duplicado de testamento ológrafo se pondrá la siguiente constancia extendida por el encargado de la oficina: "Recibi el pliego cerrado que el señor.... afirma que contiene original su testamento ológrafo, del cual, según afirmación del mismo señor, existe dentro de este sobre un duplicado." Se pondrá luego el lugar y la fecha en que se extiende la constancia, que será firmada por el encargado de la oficina, poniéndose también al calce la firma del testador y de los testigos de identificación, cuando intervengan."

Quien tenga a su cargo el Archivo General de Notarias, deberá registrar el testamento en un libro especial que para este efecto se llevará, con el objeto de llevar un control y sea fácilmente localizarlo cuando le sea requerido por el mismo testador, por un Juez o por algún Notario.

El testador puede retirar el documento, ya sea personalmente, o bien por medio de apoderado, pero en este último caso, al igual que en el Testamento Público Cerrado, deberá otorgar un poder especial para este efecto en escritura pública. Si el testamento es recogido del Archivo, se levantará un acta en la que se constará esta situación, que firmarán el encargado de dicha oficina y quien haya comparecido a retirarlo.

Como se ha dicho, el retiro de testamento se puede hacer por medio de procurador, pero la entrega no, y ¿que pasa si el testador no puede acudir personalmente a depositar el documento a las oficinas en donde se encuentre ubicado el Archivo General de Notarias?; la respuesta la da el artículo 1556 del Código Civil,

estableciendo que el encargado de la oficina deberá concurrir al lugar donde el testador se encuentre, para cumplir con las formalidades del depósito.

El Juez o el Notario ante quien se tramite una sucesión deberá pedir informe al Archivo General de Notarías si existe registrado que el de cujus haya depositado testamento ológrafo en esa dependencia, el encargado deberá, en caso de que exista, informarlo al funcionario que lo haya solicitado, pero solo deberá hacerlo si es requerido por alguno de esos o por el testador y a nadie mas podrá proporcionar esa información.

b) Testamentos Especiales.- También llamados Testamentos Excepcionales o Privilegiados, son aquellos que pueden ser usados en situaciones especiales, en las que el testador no pueda otorgar un ordinario, requiriendo algunos mas solemnidades y otros menos, ya que "el testamento especial obedece a circunstancias determinadas relativas a la persona del testador o al lugar en que se encuentra."(64)

Son cuatro los testamentos especiales que reconoce y reglamenta el Código Civil:

1. Privado.
2. Militar.
3. Marítimo.
4. Hecho en País Extranjero.

(64). ROJINA VILLEGAS, Rafael.- Ob. Cit.- pág.364

Es verdad que estos testamentos solo son admitidos en situaciones especiales, pero esto no quiere decir que están jerárquicamente por debajo de los ordinarios, sino que están en iguales circunstancias, es decir, un testamento especial si revoca a un ordinario si es otorgado con posterioridad, al igual que un especial puede revocar a otro especial, o un ordinario a un especial o a otro ordinario. "En realidad cualquier testamento puede ser revocado por otro, pero sin consideración a la forma que ambos revistan. Negar esto equivaldría a poner un obstáculo injustificado a la efectividad del principio legal de revocabilidad de los testamentos, admitido por todas las legislaciones."(65)

1. Testamento Privado.- Es reconocido por la Ley para casos verdaderamente de extrema urgencia, y su finalidad primordial es que su última voluntad de una persona no se vea frustrada por el hecho de que no le haya sido posible otorgar un testamento ordinario, teniéndose que transmitir sus bienes por vía legítima, lo cual, posiblemente no deseado por el interesado.

Es permitido únicamente en los casos que enumera el artículo 1565 del Código Civil y en cualquier otro caso que sea otorgado un testamento privado, no será válido y tendrá que abrirse la sucesión legítima.

"Art. 1565.- El Testamento Privado será permitido en los casos siguientes:

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

(65.) DE PINA, Rafael.- Ob. Cit.- pág. 322

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

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

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

Además de estos cuatro casos es necesario que el testador no haya podido otorgar un testamento ológrafo, lo cual quiere decir que el privado es supletorio del ológrafo.

En cuanto a las formalidades que deben llenarse para otorgarlo, diremos que debe ser en presencia de cinco testigos idóneos, uno de los cuales lo redactará por escrito, en caso de que no pueda hacerlo el testador y si ninguno de los testigos sabe escribir, o bien haya mucha urgencia, no será necesario que conste por escrito, sino que bastará con que el que lo otorgue declare verbalmente a los testigos su última voluntad. También si existe una suma urgencia, no será necesaria la presencia de cinco testigos, sino podrá otorgarse únicamente con tres de ellos.

Según el artículo 1570, deberá observarse en el otorgamiento el testamento privado, lo establecido por los artículos 1512 al 1519 del Código Civil, que son los relativos al testamento público abierto, por supuesto que tomando en cuenta la naturaleza especial del privado.

Por ser un testamento especial y por lo cual se otorgará solamente en caso de que el testador por un peligro inminente no le sea posible otorgar uno ordinario, el testamento solo surtirá efectos si el testador muere de ese peligro, o un mes después de que haya desaparecido este, además de que para que sea válido, se necesita que el juez competente declare que los testigos que sirvieron para su otorgamiento fueron idóneos y que su dicho es el formal testamento de quien lo haya otorgado (artículos 1572 y 1575), declaración esta, que podrá ser pedida por quien tuviera algún interés en el testamento, o por quien hubiere recibido un encargo del testador, inmediatamente después de que se haya enterado de su muerte y que otorgó un testamento de esa forma.

Para que se haga la declaración de que el Testamento Privado es válido, es necesaria la comparecencia del Ministerio Público en las declaraciones de los testigos, quien podrá preguntar y repreguntarles lo que estime conveniente (y que tenga relación con el asunto), para convencerse de su veracidad. En el interrogatorio, los testigos deberán declarar lo que establece el artículo 1574.

"Art. 1574.- Los testigos que asistan a un testamento privado deberán declarar circunstancialmente:

- I.- El lugar, la hora, el día, el mes y el año en que se otorgó el testamento;
- II.- Si reconocieron, vieron y oyeron claramente al testador;
- III.- El tenor de la disposición;
- IV.- Si el testador estaba en su cabal juicio y libre de cualquier coacción;

V.- El motivo por el que se otorgó el testamento privado;

VI.- Si saben o no que el testador falleció de la enfermedad o en peligro en que se hallaba."

Si el testamento fue otorgado ante cinco testigos y uno muere, o es declarado ausente, bastará con la decisión de los que queden siempre y cuando no sean menos de tres y si es conocido el paradero de alguno de los testigos que falten, podrá tomarse su declaración por medio de exhorto.

2. Testamento Militar.- Solo puede ser otorgado por militares, en el momento de entrar en campaña o estando herido en el campo de batalla y por los prisioneros de guerra. Podrá ser hecho verbalmente en presencia de dos testigos, bien haciéndoles entrega del pliego cerrado en donde conste por escrito, debiendo en este último caso estar firmado por puño y letra del testador.

Si muere quien lo haya otorgado y consta por escrito, el testigo que lo haya conservado deberá entregarlo al jefe de la corporación, quien tiene la obligación de remitirlo a la Secretaría de la Defensa Nacional, para que esta lo de al juez competente, quien hará la misma declaratoria que se requiere para que sea privado, siguiéndose las mismas formalidades en este caso, que se requieren para el privado.

En cuanto al tiempo de vigencia del testamento militar, es la misma que para el privado, es decir, solo surte efectos si el testador muere de la causa que lo originó o un mes después de desaparecida ésta.

3. Testamento Marítimo.- Pude ser otorgado por personas que se encuentren a bordo de buques de la marina mercante o de guerra, estando en alta mar. Debe ser otorgado por duplicado, escrito y en presencia del capitán del navio y dos testigos, siguiendo las reglas que para el efecto establecen los artículos 1512 al 1519, que se refieren al Testamento Público Abierto, adaptándose a la situación especial del caso. En caso de que sea el capitán el otorgante, se seguirán las mismas formalidades, ocupando su lugar quien deba suceder en el mando del barco.

Los dos ejemplares se guardarán entre los papeles mas importantes de la embarcación, tomándose nota de esto en el diario de la misma debiéndose entregar uno de ellos al agente diplomático, cónsul o vicecónsul mexicano del primer puerto que toque el barco y el otro ejemplar se entregará a la autoridad marítima del primer lugar del territorio nacional a que se arribe. En caso de que no haya entregado el primer documento por que no haya habido funcionarios del Servicio Exterior Mexicano en el primer punto donde llegó, o que este lo sea del territorio nacional, se entregarán ambos a la autoridad marítima que corresponda. En todos los casos en que se entregue uno o ambos documentos, se hará con copia de la razón que se haya asentado en el diario del navio y el capitán exigirá un recibo de la entrega que también anotará en el diario correspondiente.

Quien haya recibido el testamento, sea Agente Diplomático, Cónsul, Vicecónsul o Autoridad Marítima, deberá levantar un acta de la entrega, la que remitirá junto con el o los ejemplares del documento a la Secretaría de Relaciones Exteriores, para que haga publicaciones en los periódicos dando a conocer la muerte

del testador y que existe un testamento, a fin de que los interesados puedan tramitar la apertura del documento.

Solo producirá sus efectos aquél testamento que haya sido otorgado por alguna persona que fallezca en alta mar, o un mes después de que haya desembarcado en algún lugar que conforme a la Ley Mexicana, o Extranjera haya podido ratificarlo, o bien otorgado un nuevo testamento. Lógicamente si en el lugar donde desembarcó no puede otorgar nueva disposición o ratificar la que hizo en alta mar, esta surtirá sus efectos sea cual fuere el tiempo en que muera, siempre que no se tenga conocimiento de este hecho.

Si el lugar donde desembarcó el testador no hay ningún funcionario del Servicio Exterior Mexicano, y no se sabe si ha muerto o no, el artículo 1592 del Código Civil dispone que se procederá conforme al título décimo primero del libro primero que trata de los ausentes e ignorados.

4. Testamento Hecho en País Extranjero.- Una persona que se encuentre en el extranjero y que según el Código Civil sea capaz para testar, podrá hacer testamento, bien conforme a las leyes del país en que se encuentre, o ante los funcionarios que menciona el mismo Código que son los Secretarios de Legación, Consules, Viceconsules, quienes podrán actuar con funciones de Notario Público.

De conformidad con el artículo 1593, si un testamento es otorgado en el extranjero, sujetándose a las leyes del país de que se trate, producirá efectos en el Distrito Federal.

Cuando el testamento sea otorgado ante uno de los funcionarios del Servicio Exterior Mexicano, estos tendrán la obligación de remitir una copia del documento a la Secretaría de Relaciones Exteriores, para los efectos del artículo 1590, que es la publicación que hace dicha dependencia del Ejecutivo Federal, en los periódicos, para que los interesados hagan valer sus derechos. Para el caso de que el testamento se otorgue ante dichos funcionarios públicos sea ológrafo, entonces tendrán que enviarlo por medio de la Secretaría de Relaciones Exteriores al Archivo General de Notarías para su registro en el libro de Testamentos Ológrafos y su guarda, para que en el caso de que el juez le requiera información cuando se abra la sucesión de que si el de cujus otorgó o no esta clase de testamento.

El Secretario de Legación, Cónsul o Vicecónsul, a quien se entregue un testamento para su guarda, deberá levantar un acta haciendo mención de esto, dando recibo de entrega. Si el testamento se otorgó ante ellos en sus funciones de Notario Público, deberá el papel en que conste, llevar el sello respectivo, ya de legación, ya de consulado.

c) Testamento Público Simplificado.- Dentro de las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación del día 6 de enero de 1994, encontramos que se adicionó al Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la

República en materia federal, el Testamento Público Simplificado, como el Capítulo III Bis, dentro de la materia de Sucesiones.

Para desarrollar el análisis jurídico del Testamento Público Simplificado, transcribiré literalmente el artículo 1549 Bis, que a la letra establece:

"Art. 1549 Bis.- Testamento Público Simplificado es aquél que se otorga ante notario respecto de un inmueble destinado o que se vaya a destinarse a vivienda por el adquirente en la misma escritura que consigne su adquisición o en la que consigne la regularización de un inmueble que lleven a cabo autoridades del Distrito federal o cualquier dependencia o entidad de la Administración Pública Federal, o en acto posterior, de conformidad con lo siguiente:

I.- Que el precio del inmueble o su valor de avalúo no exceda del equivalente a 25 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal elevado al año al momento de la adquisición. En los casos de regularización de inmuebles que lleven a cabo las dependencias y entidades a que se refiere el párrafo anterior no importará su monto.

II. El testador instituirá uno o mas legatarios con derecho de acrecer, salvo la designación de sustitutos. Para el caso de que cuando se llevare a cabo la protocolización notarial de la adquisición en favor de los legatarios, éstos fueren incapaces y no estuvieren sujetos a patria potestad o tutela el testador también podrá

designarles un representante especial que firme el instrumento notarial correspondiente por cuenta de los incapaces.

III. Si hubiere pluralidad de adquirentes del inmueble, cada copropietario podrá instituir uno o mas legatarios respecto de su porción. Cuando el testador estuviere casado bajo el régimen de sociedad conyugal su cónyuge podrá instituir uno o mas legatarios en el mismo instrumento, por la porción que le corresponda. En los supuestos a que se refiere este artículo no se aplicará lo dispuesto por el artículo 1296 de este Código.

IV. Los legatarios recibirán el legado con la obligación de dar alimentos a los acreedores alimentarios, si los hubiere, en la proporción que el valor del legado represente en la totalidad del acervo hereditario de los bienes del autor de la sucesión.

V. Los legatarios podrán reclamar directamente la entrega del inmueble y no le serán aplicables las disposiciones de los artículos 1713 y 1770 y demás relativos de este Código, y

VI. Fallecido el autor de la sucesión, la titulación notarial de la adquisición por los legatarios, se hará en los términos del artículo 876 Bis del Código de Procedimientos Cíviles para el Distrito Federal.

CAPITULO IV

C A P I T U L O I V

IV.- TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO EN MEXICO.

A. Concepto.

Son diversas las definiciones que encontramos del Testamento Público Abierto, por lo tanto estudiaremos algunas de ellas:

La primer definición que analizaremos la encontramos en la Enciclopedia Jurídica Omeba, estableciendo que el Testamento Público Abierto "Es aquel testamento en el que el testador hace sabedor de sus disposiciones a los testigos y al Notario."(66)

Podemos decir que esta definición en principio es correcta, aunque podría ser más completa si se le agregara el número de testigos que la Ley exige que intervengan, y además que los testigos sean idóneos, pues si no lo son de nada sirve que se otorgue en presencia de testigos pues sería nulo.

El Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, de Joaquín Escriche, nos dice que el Testamento Público Abierto es "el que se hace viva voz en presencia de escribano y testigos o solo en presencia de testigos sin escribano, oyendo

(66). ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA.-Editorial Driskill, S.A. 5a. Edición. Buenos Aires, Argentina. 1986. Tomo XII

todo su contexto que el testador les manifiesta de palabra o mediante la lectura de alguna cédula o memoria que lleva escrita."(67)

De esta definición, solamente es correcta la primera parte, pues el hecho que se otorgue ante Notario, es lo que le da gran parte el carácter de público, ya que si no se otorga en presencia del Escribano o Notario, sería un testamento privado. Además, si el testador lleva escrita su última voluntad en alguna memoria escrita, esta servirá únicamente para redactar en el Protocolo del Notario el testamento, pues esa cédula o memoria en si no puede ser el documento de conformidad con el artículo 1484 del Código Civil, pues es nulo.

Otra definición de Testamento Público Abierto, la encontramos en el Diccionario de Derecho Privado, y es la siguiente: "Es Abierto el Testamento, siempre que el testador manifieste su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enterados de lo que en el mismo se dispone."(68)

Es correcta la definición que nos da el Diccionario de Derecho Privado, aunque podría ser mas explícita si dijera quiénes son las personas que deben autorizar el acto, es decir, si dijera que el testador debe manifestar su voluntad en presencia de tres testigos idóneos y el Notario.

(67). ESCRICHE, Joaquín.-Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Editorial Cárdenas, 5a. Edición. Madrid, España. 1973: Tomo II

(68). DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO. Editorial Labor, S.A. Madrid, España, 1954

El Código Civil, en su artículo 1511 establece:

"Art. 1511.- Testamento Público Abierto es el que se otorga ante notario y tres testigos idóneos."

Trataremos de hacer una definición de Testamento Público Abierto, haciendo una combinación del testamento en general y el Testamento Público Abierto en lo particular, es decir, conformar una sola idea entre los artículos 1295 y 1511 del Código Civil, quedando de la siguiente manera:

"Testamento Público Abierto, es un acto jurídico, personalísimo, revocable y libre, otorgado ante notario público y tres testigos idóneos, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte."

B. Naturaleza Jurídica.

Partiendo de la definición, se desprende que el Testamento Público Abierto es, en substancia:

1.- Acto Jurídico.- En virtud de que es realizado por el testador con la intención de producir consecuencias de derecho y que éstas sean reconocidas por el ordenamiento jurídico.

2.- Unilateral.- Por cuanto al sujeto que lo realiza y mas aun es personalisimo, excluye la figura del mandato o representación. Por lo tanto no se requiere la presencia de ninguna otra voluntad para la existencia del acto; es independiente de la aceptación o repudiación del heredero o legatario. El artículo 1297 del Código Civil determina el alcance de la única y personalísima voluntad del testador, al disponer:

"Art. 1297.- Ni la subsistencia del nombramiento de heredero o de los legatarios, ni la designación de las cantidades que a ellos corresponden, pueden dejarse al arbitrio de un tercero."

3.- Revocable.- Al ser acto de última voluntad, se requiere la facilidad de modificar total o parcialmente la voluntad emitida, que en un tiempo fue la última, pero puede en el presente ya no serlo, para lo cual la Ley protege con la característica de revocabilidad ya expresa, ya tácita, según la doctrina, a fin de evitar pactos que puedan limitar ese derecho como dispone el artículo 1493 del Código Civil. No obstante, es importante señalar que la revocabilidad del testamento únicamente es absoluta cuando produzca determinados efectos, pero cuando en un testamento se reconoce un hecho ya ocurrido, como lo es el reconocimiento de un hijo, la revocabilidad no puede borrarlos o desvirtuarlos, situación contemplada en la Ley, específicamente en el artículo 367 del Código Civil, que a la letra dice:

"Art. 367.- El reconocimiento no es revocable por el que lo hizo, si se ha hecho el testamento, cuando este se revoque no se tiene por revocado el reconocimiento."

4.- Libre.- Cualquier pacto que limite en cualquier forma la libertad de testar o hacerlo en determinado sentido, carecerá de validez; lo mismo diremos de los testamentos recíprocos o colectivos, pues suponer limitaciones a la libertad del testador, o cualquier circunstancia que pueda determinar la libre voluntad del testador por encontrarse bajo influencia de violencia; amenaza contra la persona o bienes del autor, de su cónyuge o de sus parientes e incluso por medios cuyo fin sea coartar la libre voluntad del testador.

5.- Otorgado ante notario público y tres testigos idóneos.- En cuanto que es esta situación la que lo reviste con carácter de "Público Abierto", público por la intervención del notario y la publicidad de que goza; abierto en virtud de la intervención de los testigos que se enteran del contenido del documento.

6.- Persona capaz.- Respecto a la capacidad diremos que técnicamente este elemento debió haber sido redactado en los artículos correspondientes a la forma de los testamentos, pues como vimos en su oportunidad, el grado de capacidad varía según la forma de otorgamiento del acto.

7.- Disposición de bienes y derechos; y declaración o cumplimiento de deberes para después de su muerte.- Este es el objeto del acto, como se deduce de la misma definición nos encontramos en presencia de un objeto complejo y amplísimo, pues en la definición no se especifica el objeto, más bien se determinan los géneros y, como intentamos demostrar, sería imposible dar la especie de un contenido tan variado,

pues el fin propio del acto es abarcar el mayor contenido posible en especies, por ser esencia de un acto de última voluntad.

C. Formalidades.

Las formalidades a que debe sujetarse el otorgamiento del Testamento Público Abierto, se encuentran en el Código Civil, de los artículos 1511 al 1520.

El documento debe contener todos los requisitos señalados en el artículo 152 y el notario al redactarlo se sujetará a la voluntad del testador.

"Art. 1512.- El testador expresará de un modo claro y terminante su voluntad al notario y los testigos. El notario redactará por escrito las cláusulas del testamento sujetándose estrictamente a la voluntad del testador, y las leerá en voz alta para que este manifieste si esta conforme. Si lo estuviere, firmarán todos el instrumento, asentándose el lugar, año, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado."

El Código Civil contempla algunos casos que pueden ser llamados extraordinarios, es decir, que es probable que se den, pero no son situaciones que ocurran normalmente, como es el caso de que algunos de los testigos o el testador no sepan firmar, caso en el cual interviene otro testigo más, es decir, concurrirán cuatro testigos, o bien, si es un testigo el que no sabe firmar, otro de los testigos firmará por él, debiendo constar por lo menos la firma de dos testigos.

Ahora bien, si el testador no sabe firmar y existe "extrema urgencia", firmará por él uno de los tres testigos, pero deberá hacerse constar en el testamento esa circunstancia.

Otra situación extraordinaria que puede ocurrir es que el testador sea sordo, o ciego; en el primer caso el mismo deberá dar lectura al testamento, y si no sabe o no puede, lo hará otra persona que el designe (artículo 1516). En el segundo caso, el testamento será leído dos veces, una por el notario y otra por un testigo, o por alguna persona que el testador designe.

El artículo 1518 establece las formalidades que deben seguirse si el testador ignora el idioma del país, es decir, si el testador ignora el español.

"Art. 1518.- Cuando el testador ignore el idioma del país, si puede, escribirá de su puño y letra su testamento, que será traducido al español por dos intérpretes a que se refiere el artículo 1503. La traducción se transcribirá como testamento en el Protocolo respectivo y el original se archivará en el apéndice correspondiente del Notario que intervenga en el acto.

Si el testador no sabe o no puede escribir, uno de los intérpretes escribirá el testamento que dicte aquél, y leído y aprobado por el testador, se traducirá al español por los intérpretes que deben concurrir al acto; hecha la traducción se procederá como dispone el párrafo anterior.

Si el testador no puede o no sabe leer, dictará en su idioma el testamento a uno de los intérpretes. Traducido por los dos intérpretes se procederá como dispone el párrafo primero de este artículo."

Finalmente el artículo 1519 establece que las formalidades se practicarán acto continuo, es decir, que todo el acto se llevará a cabo sin interrupción alguna, de lo que el notario dará fe.

a) Intervención del Notario Público y su Responsabilidad.

La intervención de un notario público en un Testamento Público Abierto es esencial, ya que como lo hemos dicho antes, esto es lo que da en gran parte ese carácter, así pues, para que un testamento sea público abierto, deberá ser otorgado ante un notario público, quién deberá redactar la última voluntad del testador.

Como ya vimos, el artículo 1512 establece que el notario redactará por escrito las cláusulas del testamento, sujetándose estrictamente a la voluntad del testador. Esto no quiere decir que el notario escribirá literalmente en el Protocolo a su cargo lo que el testador le vaya dictando, sino que este hará saber al funcionario su última voluntad, y el notario la redactará en términos que lleven una secuencia lógica, pero sin desvirtuar la voluntad de quién lo otorga; además, el testamento no deja de ser una escritura, por lo tanto, debe contener los requisitos de esta. "El testamento por acto público, es jurídicamente, una escritura pública, por tanto, en general, deben

guardarse las formalidades de esta, y, en particular, debe tener las especialidades que la Ley establece."(69)

Si algunos requisitos para alguna escritura pública se contraponen a la naturaleza del testamento, ese requisito debe ser omitido, debiendo prevalecer las formalidades del testamento. "El Testamento Notarial, esto es, el otorgado en el protocolo del escribano debe sujetarse en un todo a las disposiciones referentes a los instrumentos públicos y a las escrituras públicas en cuanto unas y otras no contraríen la naturaleza del testamento ni estén en pugna con su legislación especial."(70)

Por otra parte, lo mencionado en el artículo 1512 dice que el notario redactará por escrito las cláusulas del testamento. Esto no quiere decir que sea el notario personalmente quien vaya a escribir el testamento, pues es de entenderse que será alguno de sus empleados quien lo hará, claro está, que supervisado o vigilado por el propio notario. "La intervención del escribano es de rigor pues el precepto manda que se haga ante él. Poco o nada interesa que lo escriba el notario o su amanuense. Lo esencial es que se haga ante él."(71)

(69). I. NERI, Argentino.-Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial, Vol. V.- Editorial Depalma. 1a. Edición, 2a. Tanda Buenos Aires, Argentina. 1981. pág 766
(70). Ob. Cit.-pág 767
(71). Op. Cit.-pág. 769

Como ya dije, el testamento al ser una escritura pública, debe contener los requisitos de estas, por lo tanto además de los requisitos del artículo 1512 del Código Civil, deberá contener los requisitos que establece el artículo 62 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal:

"Art. 62.- El Notario redactará las escrituras en castellano y observará las reglas siguientes:

I.- Expresará el lugar y fecha en que se extienda la escritura, su nombre, y apellidos y el número de la notaría.

II.- Indicará la hora en los casos en que la Ley así lo prevenga.

III.- Consignará los antecedentes y certificará haber tenido a la vista los documentos que se le hubieren presentado para la formación de la escritura. Si se tratare de inmuebles examinará el título o títulos respectivos, relacionará cuando menos el último título del bien o del derecho a que se refiere la escritura, y citará los datos de su inscripción en el Registro Público de la Propiedad, o la razón por la cual no esta aún registrado.

No deberá modificar en una escritura la descripción de un inmueble si con ésta se le agrega un area que conforme a sus antecedentes de propiedad, no le corresponde. La adición podrá ser hecha si se funda en una resolución judicial.

En las protocolizaciones de actas que se levanten con motivo de las reuniones o asambleas tratándose de personas morales, se relacionarán únicamente los antecedentes que sean necesarios para acreditar su legal existencia y la validez y eficacia de los acuerdos respectivos, de conformidad con su régimen legal y estatutos vigentes, según los documentos que se le exhiban al notario.

IV.- Al citar un instrumento otorgado ante otro notario, expresará el nombre del notario y el número de la notaría a la que corresponde el Protocolo en que consta, y el número y fecha del instrumento de que se trata, y en su caso los de la inscripción en el Registro Público de la Propiedad.

V.- Consignará el acto en las cláusulas redactadas con claridad y consisión y sin palabras y fórmulas inútiles o anticuadas.

VI.- Designará con precisión las cosas que sean objeto del acto, de tal modo que no puedan confundirse con otras; y si se trata de bienes inmuebles, determinará su naturaleza, su ubicación y colindancias y linderos, y en cuanto fuere posible, sus dimensiones y extensión superficial.

VII.- Determinará las renunciaciones de derechos o de leyes que hagan válidamente los contratantes.

VIII.- Dejará acreditada la personalidad de quien comparezca con representación de otro, relacionando o insertando los documentos respectivos; o bien

agregándolos en original o en copia cotejada al apéndice haciendo mención de ellos en la escritura.

IX.- Compulsará los documentos de que deba hacerse inserción a la letra, lo que, en su caso, agregará al apéndice.

X.- Cuando se presenten documentos redactados en idioma extranjero, deberán ser traducidos al castellano por un perito oficial, agregando al apéndice el original y su traducción, los cuales deberán ser certificados, en su caso por el notario.

XI.- Al agregar al apéndice cualquier documento, expresará la letra, o en su caso, el número bajo el cual se coloque en el legajo correspondiente.

XII.- Expresará el nombre y apellidos, fecha de nacimiento, estado civil lugar de origen, nacionalidad, profesión y domicilio de los comparecientes o contratantes y de los testigos de conocimiento, de los testigos instrumentales cuando alguna Ley los prevenga, como en testamento, y de los intérpretes cuando su intervención sea necesaria. Al expresar el nombre de una mujer casada incluirá su apellido materno. El domicilio se anotará con mención de la población, el número de la casa, el nombre de la calle o cualquier otro dato que precise dicho domicilio hasta donde sea posible.

XIII.- Hará constar bajo su fe:

a) Que se aseguró que la identidad de los otorgantes y que a su juicio tienen capacidad legal.

b) Que les fue leída la escritura a los otorgantes, a los testigos e intérpretes, en su caso, o que la leyeron por ellos mismos.

c) Que explicó a los otorgantes el valor y las consecuencias legales del contenido de la escritura, cuando así proceda.

d) Que otorgaron la escritura los otorgantes mediante la manifestación ante el notario de su conformidad, así como mediante su firma o, en su caso que no la firmaron por haber declarado no saber o no poder hacerlo. En sustitución del otorgante que se encuentre en alguno de estos casos, firmará la persona que al efecto elija. En todo caso el otorgante que no firme imprimirá su huella digital.

e) La fecha o fechas en que se firma la escritura por los otorgantes o por la persona o personas elegidas por ellos, y por los testigos e intérpretes si los hubiere; y

f) Los hechos que presencie el notario y que sean integrantes del acto que autorice, como entrega de dinero o de títulos y otros."

Por lo menos en el testamento deberán estar los requisitos contenidos en las fracciones I, II, IV, (cuando se revoque un testamento anterior), V, VI, IX, XII Y XII. Además, el Notario deberá identificar al testador y a los testigos, en los términos

del artículo 1504 del Código Civil, y en la forma que establece el artículo 63 de la Ley del notariado.

Una vez firmado el testamento por el testador, los testigos y el notario, este último deberá dar aviso a lo que se refiere el artículo 80 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal:

"Art. 80.- Siempre que se otorgue un testamento público abierto o cerrado, el notario a quien se otorgó, presentará aviso al Archivo General de Notarías dentro de los tres días hábiles siguientes, en la que expresará la fecha del otorgamiento, el nombre y los generales del testador y recabará la constancia correspondiente. Si el testamento fuere cerrado indicará además la persona en cuyo poder se depositó el lugar en que se haya hecho el depósito. En caso de que el testador manifieste en el testamento los nombres de sus padres, se incluirán en estos el aviso. El Archivo General de Notarías llevará un registro especialmente destinado a asentar las inscripciones relativas a los testamentos, con los datos que se mencionan.

Los jueces y los notarios ante quienes se tramite una sucesión, recibirán informes del Archivo General de Notarías acerca de si este tiene registrados testamentos otorgados por las personas cuya sucesión se trate y, en su caso, la fecha de los mismos. Al expedir el informe indicado, el Archivo General de Notarías mencionará en el, si con anterioridad ha proporcionado el mismo informe a otro funcionario.

Cuando en un testamento público abierto se otorguen cláusulas que conforme a las leyes sean irrevocables, el notario sin revelar el contenido de dichas cláusulas, hará mención de ello en el aviso a que se refiere el primer párrafo de este artículo, lo cual asentará el Archivo General de Notarías en el registro a que se refiere el mismo párrafo. El archivo, al contestar los informes que se solicitan, deberá indicar el testamento o testamentos respecto a los cuales tenga asentado que existan dichas cláusulas irrevocables."

Si falta alguna de las formalidades en el testamento, este quedará sin efecto y el notario será responsable en los términos del artículo 1520 del Código Civil.

"Art. 1520.- Faltando algunas de las referidas solemnidades, quedará el testamento sin efecto, y el notario será responsable de los daños y perjuicios e incurrirá, además, en la pérdida de oficio."

b) Archivo General de Notarías.

En virtud de las obligaciones que tiene el notario de dar aviso al Archivo General de Notarías de los testamentos público abiertos que se otorguen ante él, en los términos del artículo 80 de la Ley del Notariado, el mencionado Archivo deberá tener un registro de los testamentos que se hayan otorgado ante notario, según lo establece la fracción VII del artículo 49 del Reglamento del Registro Público de la Propiedad.

D. Testamentos Irregulares.

a) Testamento Nulo.

Los testamentos o disposiciones testamentarias contenidas en ellos nulas, no surtirán efectos y se deben entender que es como si no existieran, es decir, se tendrán por no hechas.

Los casos en que se debe declarar nula una disposición testamentaria se encuentran regulados en el Código Civil, en sus artículos 1484 al 1493.

El artículo 1484 establece que será nula la institución de heredero o legatario hecha en memorias o comunicados secretos. Esto es, si el testador redacta una carta en la que instituye a una persona como su heredero y se la envía para que se la guarde, o la guarda el mismo, esa institución será nula, no existirá, y si no existe un testamento que haya sido otorgado con las formalidades requeridas por la ley, se deberá seguir con la sucesión legítima.

También son nulos los testamentos que se otorgan bajo amenazas, por dolo o por fraude, pero cuando cese la violencia, el testador podrá revalidar el testamento hecho bajo amenaza, aunque en realidad deberá otorgar un nuevo testamento, ya que si no hace la revalidación con las solemnidades como si lo otorgara de nuevo, esa revalidación será nula.

Cuando el testador no exprese de un modo claro y terminante su voluntad, y lo hace mediante señas o monosílabos, el testamento también será nulo, ya que no sería posible por medio de señas saber con exactitud cual es realmente su última voluntad.

Es nulo el testamento cuando se otorga contraviniendo las formas que la Ley señala, pues deben llenarse y cumplirse todos los requisitos que para cada caso exija la Ley.

En los casos anteriores, es decir, todo el acto jurídico está afectado de nulidad. Veamos en seguida los casos en que solamente una disposición contenida dentro del testamento es nula.

En primer lugar el artículo 1490 establece la nulidad de la prohibición que haga el testador de que se impugne el testamento, si este es nulo, es decir, el testador no puede impedir por medio de alguna disposición que se impugne el testamento.

También será nula la renuncia que haga una persona del derecho que tiene de otorgar testamento, o bien, si se obliga a hacerlo en ciertas condiciones, así como la renuncia a la facultad de revocar un testamento.

Por otra parte, el testador es libre de poner cualquier condición u obligación a los herederos o legatarios para que puedan recibir lo que les corresponde, pero esta libertad está restringida por la Ley, que señala que condiciones u obligaciones no se

pueden establecer, esto es, la regla general es que el testador puede imponer cualquier obligación o condición a los herederos, con la excepción de las que la propia Ley prohíbe, dejando sin efectos la institución que se haga de legatario o heredero, o bien, se tendrá por no puesta la carga.

También, para que surta efectos la carga que imponga el testador, es necesario que sea física o legalmente posible, ya que si no lo es, nulificará el nombramiento del heredero o legatario al que se le haya impuesto, pero si es posible al momento de que se otorgue el testamento, y al momento en que empiece a surtir efectos es posible, entonces serán válidas tanto la carga como la institución de heredero o legatario.

También será nulo el nombramiento de heredero o legatario, cuando el testador le imponga a aquél, la condición de que cuando otorgue testamento haga en este alguna disposición, ya a favor del propio testador, ya a favor de cualquier otra persona.

Por otra parte, hay condiciones que la Ley prohíbe, pero que no afectan la institución de heredero o legatario, sino que se tienen por no puestas, como puede ser aquella que el testador haga para que el heredero tome estado, es decir, se case o se divorcie, es decir, si en el testamento existe la carga de que el heredero debe cambiar su estado civil, esta se tendrá por no puesta, no produciendo ningún efecto.

La condición que imponga el testador de no dar, de no hacer, también será nula, es decir, el de cujus no puede en el testamento, prohibir al heredero que no haga algo, o que no de algo de su propiedad a otra persona.

Por otra parte, si en el testamento que es declarado nulo por falta de forma, existe alguna disposición a favor de una o varias instituciones de Asistencia Privada, de conformidad con el artículo 11 de la Ley de Instituciones de Asistencia Privada para el Distrito y Territorios Federales, esa disposición no será nula y deberá declararse heredera a la Asistencia Privada.

b) Testamento Inoficioso.

Cuando el testador no cumple con la obligación de dejar alimentos en los términos del artículo 1374 del Código Civil, será inoficioso.

"Art. 1374.- Es inoficioso el testamento en que no se deje la pensión alimenticia, según lo establecido en este capítulo."

Si el testamento es declarado inoficioso, el acreedor alimentario solo tendrá derecho a que se le entregue la pensión correspondiente y el resto del testamento se conservará en sus términos, según lo establece el artículo 1375 del Código Civil.

"Art. 1375.- El preterido tendrá solamente derecho a que se le dé la pensión que corresponda, subsistiendo el testamento en todo lo que no perjudique ese derecho."

Ahora veamos que significa la palabra Inoficiosidad, según Joaquín Escriche, en su "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia": Inoficiosidad, es todo lo que se hace contra el deber u obligación en que estamos constituidos, o contra los sentimientos de piedad y afección que nos dicta la naturaleza.

Siguiendo esta definición, podemos concluir en que el testamento inoficioso, es aquél que se hace no acatando las disposiciones que marca el Código Civil, es decir, es el que se otorga sin cumplir con la obligación de dejar alimentos a quienes la Ley señala, produciendo como único efecto, el ya comentado, y señalado en el artículo 1375 del Código Civil.

CAPITULO V

C A P Í T U L O V

V. JUICIO TESTAMENTARIO

Existen dos clases de juicios sucesorios, el Juicio Intestamentario, que no analizaremos por estar fuera del objetivo del presente trabajo y el Juicio Testamentario, que es el que nos interesa, y que haremos un breve estudio de las formas que puede seguirse como procedimiento judicial, es decir, ante un Juez, y como procedimiento extrajudicial que es ante notario público.

A. Procedimiento Judicial.

Este se inicia con un escrito presentado ante el Juez competente, en el que se denunciará la sucesión testamentaria a bienes del de cujus, a este escrito se acompañará el acta de defunción, o bien cualquier otro documento en el que se haga constar fehacientemente el deceso del autor de la herencia, también se presentará el testamento del difunto, de acuerdo con lo establecido en los artículos 774 y 790 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

El escrito en el que se denuncie la Sucesión Testamentaria, podrá ser presentado por cualquiera de los herederos testamentarios, o bien por todos los que existan, con el objeto de que sean declarados herederos por el Juez y se les haga entrega de los bienes objeto de la herencia.

En el auto en que recaiga el escrito inicial, el Juez tendrá por radicada la sucesión, mandará girar oficio al Archivo Judicial y al Archivo General de Notarías, para pedir información acerca de si el testamento que le fue presentado es el último otorgado por el de cujus. También dará la intervención que corresponda al Ministerio Público, como representante social.

Si de la información rendida por los Archivos Judicial y General de Notarías, aparece que el testamento es el último otorgado por el de cujus, el Juez, de conformidad con los artículos 790 y 791 del Código de Procedimientos Civiles, convocará a los herederos a una junta para que si hay albacea nombrado en el testamento, se le dé a conocer su cargo, y si no lo hay procedan a elegirlo. Si en esta junta no es impugnado el testamento, ni se objeta la capacidad de los herederos, el Juez declarará formalmente válido el testamento y reconocerá como herederos a quienes estén nombrados en el documento, y nombrará albacea, mandando se le dé a conocer su nombramiento para que en su caso lo acepte o no.

Si el albacea acepta su cargo, el Juez le discernirá dicho nombramiento con todos los derechos y prerrogativas que la Ley le da.

Una vez nombrados los herederos y el albacea, este último, en un plazo que no excederá de diez días, procederá a formular el inventario y avalúo de los bienes relictos, abriéndose con esto la Sección Segunda del Juicio.

El inventario consiste en la descripción de los bienes que integren la masa hereditaria y se hará en el orden que establece en el artículo 820 del Código de Procedimientos Civiles, que es el siguiente: Dinero, alhajas, efectos de comercio e industria, semovientes, frutos, muebles, raíces, créditos, documentos y papeles de importancia, bienes ajenos que tenía en su poder el finado en comodato, depósito, prenda o bajo cualquier otro título, expresándose éste.

El avalúo consiste en dar el valor real que tienen los bienes de la herencia, y que será practicado por un perito valuador designado por los herederos, y si éstos no se ponen de acuerdo, por el Juez.

Una vez realizados el inventario y el avalúo de los bienes relictos, se agregarán a los autos como ya se dijo, formándose con ellos la acción segunda, y estarán a disposición de los interesados por un término de cinco días, si no existe oposición alguna, el Juez la deberá aprobar.

Durante la aprobación del inventario y avalúo se procederá a la apertura de la sección tercera del Juicio, a la que se llamará de "Administración" la que, como su nombre lo indica, contendrá todo lo relativo a la administración de los bienes que forman la masa hereditaria, de la que se hará cargo el albacea, o bien el cónyuge supérstite en el caso de la Sociedad Conyugal, pero siempre vigilado por el albacea.

Quien tenga a su carga la administración de los bienes (el albacea o cónyuge supérstite), deberá rendir dentro de los primeros cinco días de cada año, la cuenta de

su cargo correspondiente al año anterior, si no cumple con esta obligación, el Juez podrá exigirle de oficio, y si no rinde la cuenta podrá ser removido de su cargo.

Además de la cuenta anual que debe presentarse, el albacea, una vez cumplidas las operaciones de liquidación, presentará la cuenta general del albaceazgo, teniendo para hacerlo un plazo de ocho días y si no lo hace se le apremiará por los medios legales.

Una vez presentada la cuenta (sea anual o general), se pondrá a disposición de los interesados por un periodo de diez días, si es aprobada por éstos, el Juez también la aprobará.

Por otra parte, una vez aprobado el inventario, el albacea tiene un plazo de quince días para presentar al Juez el proyecto de distribución provisional de los productos de los bienes que formen la herencia, en el que se señalará la parte que corresponda a cada heredero de dichos productos. Este proyecto se agregará al Expediente Judicial, en la última de las cuatro secciones que lo forman, llamada de "Partición" que estará a disposición de los herederos por cinco días, y si no se oponen, el Juez lo aprobará, mandando que se entregue a cada uno lo que le corresponda.

Ahora bien, cuando es aprobada la cuenta general de administración presentada por el albacea, este tiene quince días para presentar la partición de los bienes de conformidad con lo estipulado en el testamento. Si no lo hace será separado

de plano de su cargo. Este proyecto de partición estará a disposición de los interesados durante diez días, y si no hay oposición alguna, será aprobado, dictando sentencia de adjudicación, en la que mandará a entregar a cada heredero los bienes que le correspondan con sus títulos de propiedad, en los que el Secretario del Juzgado pondrá una nota en la que se haga constar la adjudicación.

Hasta aquí hemos expuesto brevemente el procedimiento que debe seguirse ante un juzgado, pero en una forma muy simple, ya que no se ha expresado lo que sucede si alguien se opone a cualquier trámite que se siga durante la consecución del juicio. En caso de suceder esto, se substanciará en forma incidental, y en la sección que le corresponda.

B. Procedimiento ante Notario Público.

a) Como Continuación del Procedimiento Judicial.

Cuando el Juez haya hecho el nombramiento de los herederos, y se le haya discernido el cargo de albacea a quien el testador hubiera designado, y si todos son mayores de edad, entonces podrán, si están de acuerdo todos, solicitar se ponga a disposición del Notario que se designe por los interesados los autos, para que se continúe su tramitación ante dicho funcionario, de acuerdo con los artículos 872 al 876 del Código de Procedimientos Civiles. El Notario continuará el procedimiento a partir del momento en que se haya quedado durante su tramitación judicial, y de conformidad con lo expuesto a continuación.

b) Como Procedimiento Independiente.

El trámite de un Juicio Testamentario ante Notario Público, es un procedimiento extrajudicial, aunque está regulado por el Código de Procedimientos Civiles, y se puede llevar a cabo cuando todos los herederos sean mayores de edad y estén de acuerdo. "Cuando ante un Notario el autor de la sucesión otorgó un testamento público abierto, debido a la calidad de fedatario que tiene el Notario, no puede dudarse del contenido y validez del testamento, motivo por el cual la Ley autoriza a los herederos a reconocerse esa misma calidad siempre que todos sean mayores de edad y una vez que en forma fehaciente se acredite la defunción del autor de la sucesión."(72)

1. Radicación de la Sucesión en la Notaría.- Como ya se dijo antes, si todos los herederos son mayores de edad, y fueron instituidos como tales en un testamento público abierto, podrá seguirse ante Notario el procedimiento, siempre y cuando no haya controversia alguna con los herederos, sujetándose así el Notario a lo establecido en los artículos 872 al 876 del Código de Procedimientos Civiles.

Deberán presentarse el albacea y los herederos ante el Notario, exhibiéndole el acta de defunción del autor de la herencia, así como un testimonio del testamento correspondiente, los herederos declararán que acepten la herencia y se reconocen sus

(72). BECERRA BAUTISTA, José.- El Proceso Civil en México. Editorial Porrúa. 12a. Edición. México, D.F. 1987.-pág. 519

derechos hereditarios, al albacea aceptará su cargo y manifestará que procederá a formular el inventario y avalúo de los bienes relictos. El Notario levantará un acta en su Protocolo, en la que relacionará los documentos que le fueron exhibidos (acta de defunción y testamento), y hará constar las declaraciones de los herederos y albacea.

Además, una vez firmada el acta por los interesados, el Notario mandará a hacer dos publicaciones en un periódico "los de mayor circulación en la República", en las que dará a conocer las declaraciones correspondientes, dichas publicaciones se harán con intervalo de diez días entre una y otra.

También el Notario deberá solicitar al Archivo General de Notarias, se le informe si existe o no testamento otógrafo, o testamento público abierto posterior al que se le haya exhibido, misma solicitud que hará al Archivo Judicial, esto con el fin de asegurarse que el testamento que le fue entregado por los herederos es la última voluntad del de cujus, y no fue revocado por ninguno posterior.

2. Adjudicación por Herencia.- Cuando se haya realizado las dos publicaciones, y las oficinas mencionadas hayan hecho del conocimiento del Notario que el testamento que ha tenido a la vista es el último que otorgó el autor de la sucesión, el albacea le exhibirá el inventario y avalúo de los bienes relictos, con los que deberán estar conformes los herederos. También el albacea presentará el proyecto de partición aprobado por los herederos, y el Notario procederá a protocolizarlos.

La Protocolización de ambos documentos podrá hacerse en la misma escritura, en la que se hará también la Adjudicación de los Bienes correspondiente.

Si el autor de la herencia al fallecer estaba casado, y el régimen bajo el que se regulaba su matrimonio era el de separación de bienes, o de lo contrario no estaba casado, entonces el Notario adjudicará a los herederos la totalidad de los bienes de la herencia, y en la proporción que a cada uno le corresponda conforme a los establecido en el testamento.

Ahora bien, si el de cujus se encontraba casado bajo el régimen de sociedad conyugal, solamente se adjudicará a los herederos el cincuenta por ciento de los bienes relictos, y el otro cincuenta por ciento se adjudicará al cónyuge superviviente, pues según las normas que reglamentan esta situación, cada uno de los cónyuges es dueño del cincuenta por ciento de las pertenencias que tengan ambos, por lo tanto, el de cujus al otorgar el testamento únicamente podría disponer de la mitad que le correspondía, misma que se adjudicará por herencia a los herederos, y la otra mitad se adjudicará por gananciales al cónyuge que sobrevive.

Es importante aclarar que si en cualquier momento de la tramitación de la Sucesión ante Notario Público alguno de los interesados se opone, o no está de acuerdo con algo, el fedatario deberá suspender de inmediato su actuación, hasta que el discordante esté de acuerdo, o bien se substancie la inconformidad ante el Juez competente.

C O N C L U S I O N E S

1. El testamento Público Abierto, es un acto jurídico solemne por estar revestido de formas sustanciales impuestas por la Ley.

2. El objeto del testamento desde el punto de vista jurídico, es la disposición de bienes y derechos y declaración y cumplimiento de deberes para después de la muerte del testador; sin embargo, por ser acto de última voluntad, de especialísimas características para quien lo otorga, no vemos inconveniente en que se puedan incluir aspectos extrajurídicos que proporcionen información, conocimientos o recomendaciones pertinentes, que por formar parte del individuo interesan al derecho; y nos referimos a consecuencias psicológicas, morales, intelectuales e inclusive de conciencia.

3. La voluntad, en el testamento, debe ser expresa, ya que en este acto jurídico no opera la voluntad tácita.

4. Por ser el testamento un acto esencialmente revocable, puede el testador hacer tantos como se vea su voluntad, dejando sin efectos él o los anteriores, o alguna de las disposiciones contenidas en ellos.

5. Sólo quedan excluidos de la testamentación activa en el Testamento Público Abierto, por incapacidad natural o legal, los menores de dieciseis años; y los que habitual o accidentalmente se encuentran en estado de enajenación mental, esté o

no declarada la interdicción. Solamente requiere la Ley formas habilitantes para el testamento que el enajenado otorga en el intervalo lúcido.

6. En cuanto a los testamentos hechos por dementes en intervalos de lucidez, creo necesario que se modifique su procedimiento especial, es decir, que la solicitud que se debe hacer al juez, según el artículo 1308 del Código Civil, no se engroce, esto es, que no se tenga que formar un expediente y esperar a que le recaiga un auto, sino que en el preciso momento en que se presente al juzgado correspondiente dicha solicitud, el Juez se traslade al lugar donde se encuentre el demente, se realicen los demás requisitos que establece dicho artículo y después se forme el expediente relativo, ya que en el momento de lucidez, puede ser breve y obviando el procedimiento se darían mayores oportunidades para que los dementes puedan otorgar su testamento.

7. El Testamento Público Abierto presenta mayores ventajas desde el punto de vista documental por su reglamentación, facilidad de forma y la presencia del Notario en la creación del documento, en comparación con otros tipos de testamentos.

8. El Derecho es una ciencia que evoluciona y siempre seguirá cambiando para hacer más fácil la convivencia entre los hombres, por lo tanto creemos que si hasta ahora la evolución del Derecho ha establecido la reducción en el número de testigos o hasta contar la opción de prescindir de ellos, el testamento no debe ser la excepción y con mayor razón si se cuenta con la intervención del Notario, investido de fe pública.

9. Los testamentos están sometidos, como todos los actos notariales, a la Ley del Notariado, pero así mismo están regulados de una manera especial por el Código Civil y por lo mismo, es necesario atender de preferencia los preceptos del Código, y ver si ellos no impiden la aplicación de la Ley del Notariado, o si no determinan una manera especial de aplicación. Se entienden aplicables al testamento las disposiciones de la Ley del Notariado sobre el uso de Protocolo y las establecidas en el artículo 62 de dicha Ley.

10. Son solemnidades del testamento: la declaración de la voluntad, la concurrencia del testador y de los autorizantes (los posibles testigos idóneos) así como la presencia del Notario, la memoria escrita del acto (es decir, el protocolo del Notario), la unidad del contexto y las mencionadas de todo ello. Las funciones han de ser cumplidas estrictamente por los autorizantes, y la forma ha de ser observada por el Notario.

11. En el acto de testar, el testador ha de dictar las disposiciones por sí solo, sin auxilio ni intervención de terceros.

12. El Notario puede escribir o hacer escribir por otra persona, el Testamento Público Abierto, pero siempre y cuando las formalidades que el caso en lo particular lo requiera.

13. Creo que es conveniente crear una Institución o Dependencia Pública, una especie de Registro Nacional de Testamentos, ya que si una Sucesión se tramita en

alguna Entidad Federativa, se desconoce si se realizó o no un Testamento en algún otro Estado de la República.

14. El Notario tiene la obligación de informar al testador de las disposiciones legales que pueden afectar de nulidad ya sea al acto en su totalidad, ya a la misma disposición, o bien, a la institución de heredero o legatario.

15. La nulidad del Testamento por falta de los requisitos de forma, establecidos por el Código Civil, es siempre causa de responsabilidad civil y penal del Notario, trayendo como consecuencia la nulidad del acto, con la excepción de que cuando en este exista una disposición en favor de la Beneficiencia Privada, esta subsistirá.

16. La correcta documentación del testamento evita los penosos litigios de duración indefinida, al imponer como única Ley en el trámite sucesorio, la voluntad del testador.

17. La figura jurídica del Testamento Público Abierto, debe tener una mayor difusión entre la población para que sea más conocida y aceptada, y se olvide el concepto de "Sentencia de Muerte" que lo cubre.

18. Por último considero conveniente que dentro del Arancel establecido para regular los honorarios del notariado, en el rubro de sucesiones sea un tanto cuanto flexible, ya que en algunos casos en lo particular, no se cuentan con los recursos

económicos por parte del testador para que el Notario eleve a Escritura Pública la última disposición del testador.

B I B L I O G R A F I A

1. AGUILAR CARBAJAL, Leopoldo.- "Segundo Curso de Derecho Civil".- México, D.F., Editorial Porrúa, S.A..- 1967.
2. BECERRA BAUTISTA, José.- "El Proceso Civil en México".- México, D.F., Editorial Porrúa, S.A..- 1987.
3. BIALOSTOSKY, Sara.- "Panorama del Derecho Romano".- México, D.F., U.N.A.M., 1982.
4. BRAVO VALDEZ, Beatriz y BRAVO GONZALEZ, Agustín.- "Segundo Curso de Derecho Romano".- México, D.F., Editorial Pax-México, 1988.
5. CASTAÑ TOBEÑAS, José.- "Derecho Civil Español, Común y Foral".- Madrid, España.- Editorial Reus, S.A., 1979.
6. ESCRICHE, Joaquín.- "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia".- Madrid, España, 1983.
7. FERNANDEZ AGUIRRE, Arturo.- "Derecho de los Bienes y las Sucesiones".- Puebla, Pue., Editorial José M. Cajica Jr., S.A., 1972.

8. GALINDO GARFIAS, Ignacio.- "Derecho Civil".- México, D.F., Editorial Porrúa, 1990.
9. HEINNECCIO, J.- "Elementos de Derecho Romano".- Paris, Francia, Librería del Garnier Hermanos., 1851.
10. IBARROLA, Antonio de.- "Cosas y Sucesiones".- México, D.F., Editorial Porrúa, 1981.
11. MARGADANT S. Guillermo Floris.- "Derecho Romano".- México, D.F. Editorial Esfinge, S.A., 1992.
12. NERI, Argentino I.- "Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial" Vol. 3º.- Buenos Aires, Argentina. Ediciones Depalma, 1981.
13. NERI, Argentino I.- "Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial" Vol. 5º.- Buenos Aires, Argentina. Ediciones Depalma, 1981.
14. OTS Y CAPDEQUI, José.- "Historia del Derecho Español en América y del Derecho Indiano".- Madrid, España. Biblioteca Jurídica Aguilar, 1969.
15. PALLARES, Eduardo.- "Derecho Procesal Civil".- México, D.F. Editorial Porrúa, S.A., 1979.

16. PETIT, Eugene.- "Tratado Elemental de Derecho Romano".- México, D.F. Editorial Porrúa, S.A., 1992.
17. PINA, Rafael de; y CASTILLO LARRAÑAGA, José.- "Derecho Procesal Civil".- México, D.F. Editorial Porrúa, S.A., 1983.
18. ROJINA VILLEGAS, Rafael.- "Compendio de Derecho Civil" Tomo I.- México, D.F. Editorial Porrúa, S.A., 1986.
19. ROJINA VILLEGAS, Rafael.- "Compendio de Derecho Civil" Tomo II.- México, D.F. Editorial Porrúa, S.A., 1986.
20. ROJINA VILLEGAS, Rafael.- "Compendio de Derecho Civil" Tomo III.- México, D.F. Editorial Porrúa, S.A., 1986.
21. ROJINA VILLEGAS, Rafael.- "Derecho Civil Mexicano" Tomo IV.- México, D.F., Editorial Porrúa, S.A., 1986.
22. VENTURA SILVA, Sabino.- "Derecho Romano".- México, D.F. Editorial Porrúa, S.A., 1990.
23. "DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO" Madrid, España. Editorial Labor, S.A., 1954

24. "ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA" Buenos Aires, Argentina. Editorial Driskill, S.A., 1986

25. "CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS"

26. "CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL". (1870).

27. "CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES EN MATERIA COMUN, Y PARA TODA LE REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL" (1884).

28. "CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES EN MATERIA COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL" (1928).

29. "CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL".

30. "LEY DEL NOTARIADO PARA EL DISTRITO FEDERAL".

31. "REGLAMENTO DEL REGISTRO PUBLICO DE LA PROPIEDAD".

**32. "LEY DE INSTITUCIONES DE ASISTENCIA PRIVADA PARA EL
DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES".**