

301809

19.  
2ej



**UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO**

ESCUELA DE DERECHO  
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO  
(SAN RAFAEL)

**CRITICA JURIDICA SOCIAL DEL TESTAMENTO  
PUBLICO SIMPLIFICADO**

**T E S I S**  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A :  
ADRIAN CRISTOBAL BAHENA

PRIMER REVISOR  
LIC. GUILLERMO CORTES Y GARNICA

SEGUNDO REVISOR  
LIC. JESUS MORA LARDIZABAL

MEXICO, D.F.

1996

**FALLA DE ORIGEN**



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.

Al recuerdo y a la memoria de mi abuelos

GERARDO Y ENEDINA

con gratitud filial por la fe y el  
esfuerzo en mi formación.

A mi padre

J. TRINIDAD.

CON RESPETO.

A mi hija

KENIA ROCIO

con cariño y amor paternal.

A mi hermano

SAULO

A mis amigos y maestros.

## I N D I C E .

### CAPITULO I

#### ANTECEDENTES HISTORICOS DEL TESTAMENTO.

1.1. En el Derecho Romano	1
1.2. En el Derecho Español	28
1.3. En el Derecho Francés	30
1.4. En el Derecho Italiano	31
1.5. En el Derecho Mexicano	32

### CAPITULO II

#### CONCEPTO, CARACTERISTICAS, CAPACIDAD DE PERSONA PARA OTORGAR TESTAMENTO, - MODO EN LOS TESTAMENTOS.

2.1. Concepto de Testamento	35
2.2. Características del Testamento	38
2.3. Capacidad de Persona para Otorgar Testamento	49
2.4. Modo en los Testamentos	53

### CAPITULO III

#### CLASIFICACION DE LOS TESTAMENTOS EN NUESTRO SISTEMA JURIDICO EN CUANTO A-- SU FORMA, ORDINARIOS, ESPECIALES.

3.1. Testamento Público Abierto	63
---------------------------------	----



3.2. Testamento Público Cerrado	67
3.3. Testamento Ológrafo	72
3.4. Testamento Privado	77
3.5. Testamento Militar	80
3.6. Testamento Marítimo	82
3.7. Testamento Hecho en País Extranjero	83

#### CAPITULO IV

##### ESTUDIO DEL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO

4.1. Estudio del Testamento Público Simplificado	86
4.2. Lo que es o se debe de entender por Testamento	89
4.3. Tipico o Atipico	91
4.4. Es un Acto Mortis Causa Unilateral	93

#### CAPITULO V

5.1. Su Eficacia	97
5.2. Efectos Juridicos	99
5.3. Otorgamiento de Testamento por dos Personas	104
5.4. Su Analisis	106
CONCLUSIONES	111
BIBLIOGRAFIA	113

## INTRODUCCION.

Sucesión que significa suceder al difunto en todo su patrimonio como en los derechos y obligaciones que admiten sucesor, es decir cambio de sujetos pero no el cambio del objeto de la relación, esta puede ser a título universal toda la masa hereditaria, y a título particular que es un legado.

La sucesión testamentaria o sea la voluntaria que es cuando se hace disposición testamentaria por cualquiera de los modos de hacer testamento, ya sea ordinario o especial, en la sucesión voluntaria, se puede dejar como herederos a cualquier persona sean hijos, padres, hermanos o cualquier otra persona incluso en ciertos casos poco comunes personas ajenas a la familia.

A diferencia de la sucesión legítima o por disposición de la ley donde solo pueden heredar los descendientes y ascendientes, y que en este supuesto jurídico en línea recta heredan hasta el cuarto grado y en la vía colateral la beneficencia pública.

Ahora bien como lo explicaremos más adelante en nuestro tema que nos ocupa el testamento público simplificado, como el testamento público abierto, son los únicos dos testamentos con eficacia a diferencia de los demás que necesitan forzosamente de la aprobación de un juez, con esto no quiere decir que sean testamentos que no tengan validez, la realidad es que sí tiene sus grandes ventajas-

el hecho de acudir ante notario público a efecto de hacer testamento público abierto, porque si bien es cierto que el testamento público simplificado para su tramitación no se necesita de la intervención de un juez, también es cierto que si este testamento se revoca prácticamente desaparece y se estaría hablando de otro testamento distinto.

La eficacia se la da el Código de Procedimientos Civiles, en su Artículo 872, que dice cuando todos los herederos fueran mayores de edad y hubieren sido instituidos en un testamento - podrá ser extrajudicial con intervención de un notario, mientras no hubiere controversia alguna; con arreglo a lo que establecen los artículos siguientes 873, 874, 875, 876 y 876 bis.

Ahora bien no hay que perder de vista de que el testamento público simplificado, es un testamento de legados, toda vez que los testadores en su contenido mencionaran con claridad y de manera particular al notario, especificándole la porción o la totalidad de cierto bien inmueble.

## CAPITULO PRIMERO.

### ANTECEDENTES HISTORICOS DEL TESTAMENTO.

#### 1. - EN EL DERECHO ROMANO.

En el Derecho Romano nos encontramos con varias definiciones de las --  
cuales citaremos las que consideramos más aceptadas: según el maestro Gui--  
llermo Floris Margadant, (1)"testamento es un acto solemne por el cual una--  
persona instituye a su heredero o a herederos".

Como nos dice esta definición es una manifestación de última voluntad,  
es decir un acto esencialmente revocable. Esta última circunstancia causa -  
graves problemas jurídicos ya que se trata al mismo tiempo de un acto unila-  
teral.

Como se desprende de la definición anterior es un acto unilateral de --  
última voluntad, personalismo por lo cual una persona instituía uno o más -  
herederos; era un elemento indispensable, la base del testamento. Si la ins-  
titución de heredero faltaba, o tenía un defecto jurídico o no era eficaz -  
o a causa de la muerte previa del heredero, todas las demás disposiciones -  
del testamento romano quedaban igualmente sin eficacia en tal caso eran nu-  
los los legados, fideicomisos, desheredaciones, manumisiones, designaciones  
de tutores y curadores.

(1) Floris Margadant S. Guillermo. Derecho Romano. Décima cuarta edición.--  
Editorial Esfinge. S.A. de C.V. México 1986, Pág. 462.

Ahora bien, la institución de un heredero distinto de los legítimos o la preferencia por uno de los herederos entre los legítimos, manifestaba en un testamento, de manera que la esencia de este acto jurídico consistía en establecer un continuador de la personalidad del difunto que correspondía a la libre elección de éste.

Modestiano, Define al testamento de la siguiente manera como "justa declaración de nuestra voluntad respecto de lo que queremos que suceda después de nuestra muerte". (2)

No dice por ejemplo sobre la manera de repartir nuestros bienes después de nuestra muerte.

Ulpiano dice que el testamento es una correcta fijación de nuestra mentalidad hecha solemnemente para que valga después de nuestra muerte.

Como consta de la definición de Ulpiano, que aparte de la universalidad para después de la muerte habla también que sea un espejo fiel de nuestra manera de ser, de nuestra personalidad. Es también necesario que contenga indicaciones respecto de nuestros ideales, simpatías y antipatías como lo menciona F. Lassalle a su fórmula de que el testamento romano es la inmortalidad romana, frase confirmada por Quintiliano cuando dice: neque enim aliud solatiu mortis, quan voluntas ultra mortem, no queda otro consuelo de la muerte que la supervivencia de la voluntad.

Este concepto original del testamento romano encontraba su base en antiguas ideas metafísicas populares.

Así, el heredero dejó de ser el fundamento de la vía testamentaria, y,

(2) Floris Margadant S. Guillermo. Obra citada Pág. 464.

al mismo tiempo, su función se redujo paulatinamente a los aspectos patrimoniales; mientras que, originalmente, la sucesión patrimonial se relacionaba con la figura del legatario.

#### DE LOS MODOS DE ADQUIRIR "PER UNIVERSITATEM"

La adquisición per universitatem es la que tiene por objeto un patrimonio todo entero, o una cuotaparte de un patrimonio. Así, siempre el patrimonio se transmite a la muerte de quien era el dueño: esto es la adquisición por sucesión, que, sobre todas, es la más importante. A veces también la transmisión del patrimonio se opera entre vivos. Veamos la enumeración de los modos de adquirir per universitatem. (3)

1. ADQUISICION POR SUCESION.
2. TRANSMISION DE UNA HERENCIA POR IN JURE CESSIO.
3. BONORUM ADDICTIO, CON OBJETO DE SALVAR LAS MANUMISIONES.
4. ADQUISICION DE UN PATRIMONIO POR EFECTO DE LA POTESTAD PATERNA, DE LA MANUS O DE LA POTESTAD DEL AMO.
5. BONORUM VENDITIO Y BONORUM SECTIO.
6. CONFISCACION.

(3) Eugéne Petit. Editorial Porrúa, S.A. Copyright 1993.

## DE LA ADQUISICION POR SUCESION.

El patrimonio comprende de dos partes: los bienes son el activo y --- las deudas el pasivo. Mientras el dueño del patrimonio tenga vida, sus --- acreedores tienen por garantía, no solamente sus bienes presentes, sino -- también sus futuros, es decir, el producto de la actividad del deudor. Si muere, el Derecho Romano le da un continuador de su persona, llamada heredero, que en su lugar queda dueño del patrimonio y obligado a pagar todas las deudas como si las hubiese contraído. Los acreedores encuentran en él un nuevo deudor y tienen como garantías su patrimonio, unido al del difunto, y el producto de su actividad en el porvenir.

Un triple interés se encuentra así satisfecho: El interés del difunto. En ausencia del heredero (4), los acreedores se posesionaban de los -- bienes de la sucesión, vendiéndolos después en bloque, y esta bonorum venditio manchaba de infamia la memoria del difunto. Ocurre todo lo contrario cuando hay un heredero, pues entonces es él quien paga los créditos y si -- no interviene, los bienes de la sucesión se venden en su nombre, quedando en buen lugar la memoria del difunto.

El heredero adquiere íntegro el patrimonio del difunto salvo los dergchos, bien entendidos que se extinguen con su persona. Le sustituye tam---bién en sociedad, siendo además, en su lugar, propietario, acreedor y deudor, pudiendo ejercer sus acciones y ser perseguido por sus acreedores. El patrimonio recogido por el heredero toma el nombre de herencia o sucesión.

(4) Eugène Petit, Editorial Porrúa, S.A. Décima edición reimpresión. México 1993. Pág. 512.

Como lo comenta el maestro Eugéne Petit, al respecto de cómo era designado el heredero en la ley de las XII tablas. Hay dos modos de designación: por el difunto o por la ley. Los romanos admitieron con razón la preeminencia de la voluntad del difunto sobre la del legislador para la elección del heredero, y la ley de las XII tablas sanciona para el padre de familia el derecho de elegir él mismo quién deba continuar su personalidad. Manifiesta su voluntad en un acto llamado testamento. Cuando un heredero testamentario es nombrado regularmente, aceptado por éste, a nadie más pertenece la sucesión. Pero el padre de familia puede morir intestado, es decir, sin haber hecho testamento válido: entonces, solamente en este caso la ley designa heredero, llamado ab intestado. (5)

Es la Ley de las XII Tablas quien hace esta designación, eligiendo el heredero en la familia civil, sin preocuparse del lazo de la sangre (Ulpiano, XXVI, S I). De manera que, según el Derecho Civil, hay dos clases de sucesiones:

Una, regulada por la voluntad del difunto, o sucesión testamentaria, que es la que nos interesa tratar en nuestro tema.

Y la otra por la ley, o sea sucesión ab intestado, también llamada legítima.

¿Cuál es de estos dos órdenes de sucesiones el más antiguo? Es un asunto muy discutido. Hay quien cree que los romanos sólo conocieron la su

(5) Eugéne Petit obra citada Pág. 512.



cesión ab intestado, lo mismo que los germanos y los griegos, y que la sucesión testamentaria fué introducida por la Ley de las XII tablas.

Para nosotros sin salirnos de nuestro tema que es el testamento, no daremos ni discutiremos cuando surgió la sucesión testamentaria, o bien la regulada por la voluntad como lo cita el autor Eugéne Petit, en la Pág. -- 512 de nuestra obra citada.

Pero esta opinión no está de acuerdo con la preferencia, bien marcada, que los romanos tuvieron siempre por este último modo de sucesión. Por lo pronto, los historiadores hacen mención del testamento desde la fundación de la ciudad. Para nosotros, la sucesión testamentaria y la sucesión ab intestado han existido desde el origen en Roma, y la Ley de Las XII Tablas sólo ha hecho sancionar costumbres que estaban en vigor desde hacía ya tiempo. El jefe de familia, en virtud de su omnipotencia, era dueño de elegir, con la aprobación de los pontífices y de las curias, el continuador de su culto y de su persona civil (6).

De hecho y durante los primeros siglos, debía ser muy poco frecuente el uso de este derecho habiendo hijos, por estar designados todos para recoger los bienes sobre los cuales ya tenían una especie de copropiedad --- (Véase No. 588, pero, a medida que los lazos de familia se aflojaban y que las formas del testamento se hicieron de acceso más fácil, la práctica se generalizó, y casi siempre el paterfamilias testaba antes de morir.

Aunque los romanos tuvieron en gran consideración el derecho de testar, es exagerado decir que en Roma se tenía como un deshonor morir intestado. Lo más deshonroso era no dejar heredero alguno, porque significaba,-

(6) Eugéne Petit. Obra citada. Pág. 513.

a la vez que indicio de una mala sucesión, el presagio de la bonorum venditio y de infamia, es decir, la extinción de las sacra privata. Por esta -- razón se encuentra justificada la preferencia de los romanos por la sucesión testamentaria; el que testa y elige un heredero está más seguro de tener uno; demuestra previsión y deseo grande de conservar intacto su honor.

Como nos comenta el maestro Eugéne Petit, dentro de la civilización romana se tenía preferencia por la sucesión testamentaria por ser esta la voluntad de elegir heredero antes de morir.

La preeminencia de la sucesión testamentaria conducía a este principio, sancionado por la Ley de las XII Tablas: Los herederos ab intestato sólo pueden tener la sucesión no habiendo testamento (7). Los juriscultos, en la práctica, deducían una regla lógica, pero rigurosa, que estaba formulada de la siguiente manera en las Instituciones de Justiniano --- (S 5, de Hered., II, 14): Neque indem ex parte testatus Et ex parte intestatus decedere potest (Cf., L. 7, D. de reg. jur. L. 17). Su verdadero sentido es que no puede haber para una misma sucesión un heredero testamento y un heredero ab intestado. Bien se presentasen juntos, o bien uno después de otro, queda sin efecto la pretensión del heredero ab intestado.

#### DE LA SUCESION TESTAMENTARIA.

##### DESIGNACION DEL HEREDERO.

El heredero es designado en un acto llamado testamento, que Ulpiano define de la siguiente manera: "la manifestación legitima de nuestra volun

(7) Eugéne Petit. Obra citada. Pág. 513.

tad, hecha solemnemente para hacerla válida después de nuestra muerte".(8)

Esta definición tiene el defecto de descuidar el carácter esencial -- del testamento, que es contener la institución de uno o varios herederos.-- La forma de los testamentos en Roma varió según las épocas; y diferentes -- maneras de testar fueron admitidas sucesivamente por el Derecho Civil antiguo, por el Derecho pretoriano y por las constituciones imperiales.

Como ha quedado de manifiesto por la designación de heredero la citada definición de testamento tampoco nos dice quien o quienes pueden ser heredereros razón por la cual debemos de entender de que puede heredar cual--- quier persona con capacidad para poder continuar con los bienes del difinto.

#### DE LA FORMA DE LOS TESTAMENTOS.

Mencionaremos algunas de las formas de los testamentos en la institución del Derecho Romano, los cuales tienen, diferencias de forma dado a -- las distintas etapas de la historia de la civilización romana las cuales -- menciona el maestro Eugéne Petit. (8)

El testamento calatis comitiis, se hacia delante de los comicios, por curias convocadas a este efecto, y en presencia de los pontífices, pues a-- la evolución de la sucesión no solamente interesa la transmisión del patriu

(8) Eugéne Petit. Obra citada. Pág. 514.

monio, sino también al culto privado. El jefe de familia declaraba delante de los comicios reunidos a quien elegía por heredero, dando los comicios - su aprobación a esta elección, lo cual hacía del testamento una verdadera ley.

Testamento in procinctu, se hacía delante del ejército equipado y bajo las armas. El jefe de familia soldado que quería testar antes de marchar al combate declaraba su voluntad delante de sus compañeros de armas, que representaba la asamblea del pueblo.

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

Testamento "per aes et libram". Los jurisconsultos aplicaron al patrimonio familiar el modo de transmisión usado para las cosas más preciadas, la mancipatio. El padre de familia que no había podido testar calatis comitiis y sentía su próximo fin, mancipaba su patrimonio a un amigo, encargándole oralmente de ejecutar las liberalidades que destinaba a otras personas. (9)

Testamento nuncupativo. En una época incierta, pero seguramente posterior al perfeccionamiento del testamento per aes et libram, fué admitido en Derecho Civil que un ciudadano pudiese testar oralmente con la ayuda de una simple nuncupatio, declarando en alta voz el nombre del heredero, y sus últimas voluntades, delante de siete testigos. Esto era el testamento-

(9) Eugéne Petit. Pág. 514

nuncupatio. Ofrecía menos garantía que el testamento por aes et libram, -- pero tenía la ventaja de hacerse más rápidamente y de no exigir ningún escrito.

#### DERECHO PRETORIANO.

En esta época como lo hemos mencionado al principio donde mencionamos que estos testamentos tienen ciertas diferencias de forma.

Es probable que el pretor ofreciera primero la sucesión pretoriana, -- la bonorum possessio secundum tabulas, al heredero instituido en un testamento regularmente hecho, según el Derecho Civil. Pero en tiempo de Cicerón era suficiente para la concesión de esta bonorum possessio que el testamento estuviese escrito sobre tablillas llevando el sello de siete testigos. (10)

#### DERECHO DEL BAJO IMPERIO.

En el bajo imperio, fue ya en esta etapa de la civilización del pueblo romano cuando ya se simplificó la legislación sobre los testamentos, y de la fusión de las reglas del Derecho pretoriano y del Derecho Civil nació una nueva forma de testar. Esto era el testamento tripartitum, así llamado porque toma sus reglas del Derecho Civil, del Derecho pretoriano y de las constituciones imperiales. Este nuevo testamento está descrito en una constitución teodosio, quedando en vigor bajo Justiniano. Veamos en qué consiste:

(10) Eugéne Petit. Pág. 515.

Habiendo escrito el testador de antemano su testamento sobre tablillas, reúne siete testigos, les presenta las tablillas, cerradas en parte, si quiere guardar el secreto de sus disposiciones; cada testigo, lo mismo que el testador, pone su subscriptio debajo del testamento, cerrándose después las tablillas y poniendo cada testigo su sello y escribiendo su nombre cerca del sello. Estas formalidades deben cumplirse. La presencia de los testigos y la necesidad de hacerlo todo, proviniendo del Derecho Civil. El número de los testigos, los sellos y la adscriptio están tomadas del Derecho Petroriano.

De la forma del testamento nuncupatio, como nos dice el autor de la obra citada, este testamento únicamente podía ser oralmente.

#### DE LA FORMA DEL TESTAMENTO MILITAR.

Este testamento surge cuando Julio César, es elevado al poder gracias a sus victorias; empezó a conceder privilegios a sus soldados. Bajo el imperio, y con el deseo de los emperadores de captarse el apoyo del ejército, se extendieron estos privilegios, tomando un carácter definitivo.

Estos privilegios, alcanzaban a su vez a la forma y al contenido del testamento; pero aquí solo hablaremos del privilegio referente a la forma.

Y como características principales son que este testamento se hacía con sangre dentro del escudo y con la espada en la arena, en donde un solo testigo bastaba y servía únicamente para los tiempos de guerra, teniendo validez hasta por un año después de que el soldado se hubiese retirado hon

rosamente del ejército, y en caso de despido perdía inmediatamente su validez. (11)

#### DE LA CAPACIDAD DE TESTAR.

Como mencionaremos a continuación de las personas que no tienen capacidad para testar en el Imperio Romano, como lo narra el maestro Eugéne -- Petit.

Para hacer un testamento válido, el testador debe tener el derecho -- de testar, o testamenti factio. Pero un ciudadano, teniendo este derecho, -- puede también estar en la imposibilidad de ejercitarlo por circunstancias especiales. Por eso sin perder de vista de lo que el autor de este libro -- nos hace incapié de que una cosa es dejar una sucesión testamentaria y la otra es el ejercicio del derecho de testar.

#### DEL DERECHO DE DEJAR UNA SUCESION TESTAMENTARIA.

La transmisión de una sucesión por testamento es de Derecho natural, -- como la propiedad, de la cual es un atributo. Pero en Roma, el derecho de testar no tocaba sólo a los intereses privados; interesaba también la sociedad y la religión, habiendo sido siempre por eso regulada por el Derecho Civil y consideraba como de orden público. No es suficiente tener el -- commercium para poseer el derecho de testar; es necesaria una concesión es pecial de este derecho para aquél que no la tiene o que ninguna ley se lo ha otorgado.

(11) Eugéne Petit. Obra citada. Pág. 517.

En un principio, sólo los ciudadanos romanos sui juris tuvieron la -- testamenti factio, estando, por el contrario, privadas de ellas las personas siguientes:

Antes de pasar a mencionar las personas privadas de la testamenti --- factio.

Mencionaré que hoy en día las personas que así lo deseen en su testamento también pueden manifestar que son creyentes y que siempre han profesado la religión católica y que morirán profesando la misma, ahora sí mencionaremos las personas impedidas de hacer testamenti factio en el pueblo Romano:

LOS PEREGRINOS. - Estos podían testar según el Derecho de su ciudad, pero no según el Derecho Romano.

LOS LATINOS JUNIANOS Y LOS DEDITICIOS. - Los latinos junianos poseen el commercium; pero la ley junia les quita el derecho de testar. En cuanto a los dediticios, no pueden tampoco testar de ninguna manera, por no ser - ciudadanos de ninguna ciudad (Ulpiano, XX, S 14).

LOS ESCLAVOS, excepto los servi publici, que tienen un patrimonio y - pueden disponer por testamento de la mitad de sus bienes (Ulpiano, XX, S.- 6). (12)

LAS MUJERES INGENUAS SUI JURIS, que permanecían agnadas en su familia civil, no pudieron en un principio testar, según el testimonio de Gayo y - Cicerón. Esto, sin duda, tenía por objeto asegurar la transmisión de sus - bienes a los agnados. Por el contrario, la mujer tenía el derecho de tes--

(12) Eugéne Petit. Obra citada. Pág. 518.



tar cuando una capitis deminutio mínima la había hecho salir de su familia civil; de esto viene el uso de la coemptio fiduciae causa, que rompía el lazo de agnación, permitiéndola hacer su testamento con la auctoritas del tutor. Gayo refiere que un senadoconsulto habido bajo Adriano hizo desaparecer esta incapacidad.

LOS DE FAMILIA, lo mismo que las mujeres in manu y las personas in manu y las personas in mancipio que no tienen patrimonio.

En esto quiero hacer una observación por demás obvia y lógica que qui zás sale sobrando pero tampoco en este momento alguien que carece de bienes o de patrimonio haría testamento.

En cuanto a los hijos de familia, desde el día que se hacen propietarios de ciertos peculios, el derecho de testar no es para ellos, según el principio expuesto más arriba, una consecuencia del derecho de propiedad. Sólo lo obtienen en virtud de una concesión expresa. Esta concesión se hizo en primer lugar para el peculio castrense: bajo los primeros emperadores, para los hijos de familia militares; y más tarde, bajo Adriano, a título definitivo, aún después de terminado el servicio. Para el peculio cuasi castrense, el derecho de testar no se otorgó de una manera general más que bajo Justiniano; antes de él, sólo hubo concesiones especiales. Los hijos de familia no han tenido jamás el derecho de testar sobre los bienes adventicios. (13)

Estaban también privados del derecho de tratar los que, habiendo sido testigos, habiendo negado su testimonio. La Ley de las XII tablas los declaraba improbi et intestabiles y no podían ni testar, ni ser testigos, ni

(13) Eugéne Petit. Obra citada. Pág. 519.

ser instituidos herederos. Aquí como comentario citaremos al respecto que nuestro legislador no es tan severo, con las personas que por algún motivo se nieguen a ser testigos, nuestro legislador no los limita a que no puedan hacer testamento mucho menos a que sean privados del derecho de recibir una herencia.

#### DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE TESTAR.

Para hacer un testamento válido no es suficiente tener el derecho de testar, pues hay que poseer también el ejercicio de este derecho en el momento de testar. Después se puede perder, sin que el testamento sufra ningún perjuicio; aunque ocurre lo contrario cuando se pierde la testamenti factio. He aquí las personas que no tienen el ejercicio del derecho de testar:

Como veremos a continuación en que casos sí pueden testar o dejar sucesión testamentaria, las personas que han tenido el derecho de testar pero que lo han perdido en el Derecho Romano, pero que su testamento que han dispuesto antes de estar incapacitados de testar no pierde ni validez ni eficacia como nos lo explica el maestro Eugéne Petit. (14)

Esto es igual a nuestro derecho vigente Mexicano de las personas que de hecho no pueden hacer testamento pero que en casos especiales o por intervalo de lucidez sí pueden hacer disposición testamentaria.

Los impúberes sui juris, porque carecen del juicio necesario para un acto tan importante. Pero sólo es el ejercicio del derecho el que les falta, de manera que pueden dejar una sucesión testamentaria, si el jefe de -

(14) Eugéne Petit. Obra citada. Pág. 519.

familia testó por ellos cuando estaban bajo su autoridad.

Los pródigos interdictos, porque ya no tienen el commercium, aunque - queda válido el testamento que hayan hecho antes de la interdicción.

Los sordos y los mudos, es decir, aquellos que no entienden ni hablan de una manera absoluta. Pero si su enfermedad es accidental y han hecho el testamento antes de estar atacados, éste produce todos sus efectos. De todos modos, Justiniano también permitió a los que hubiesen quedado sordos o mudos por accidente testar según ciertas formas. En su tiempo, la incapacidad no alcanzaba más que a los sordos y mudos de nacimiento, que, por tanto, no pudieron recibir ninguna instrucción.

#### DEL TESTAMENTO DE UN CAUTIVO.

El esclavo no tiene el derecho de testar; pero el cautivo es un esclavo que está en una situación especial, puesto que disfruta del jus postliminii. Para demostrar la influencia que este derecho puede tener sobre su testamento, hay que distinguir según que haya testado estando cautivo o -- antes de su cautividad.

El testamento que el cautivo haya hecho durante su cautividad es nullo, aun escapándose el testador y volviendo a su hogar, puesto que ha testado siendo esclavo. El Postliminium puede muy bien volver retroativamente la testamenti factio, pero no el ejercicio del derecho de testar; el hecho de la cautividad es indeleble. (15)

El testamento hecho antes de la cautividad es válido en todos los casos. En efecto, el testador vuelve o muere cautivo:

(15) Eugène Petit. Obra citada. Pág. 519.

a). Si vuelve, está reputado, gracias al postlínium, de no haber -- perdido nunca el derecho de testar, y el testamento regularmente hecho conserva toda su fuerza.

b). Si muere en manos del enemigo, el testamento queda nulo, puesto -- que el testador muerto esclavo no puede dejar sucesión testamentaria. Pero luego prevaleció una solución más favorable. Una Ley Cornelia, de fecha -- incierta, decidió que en este caso el testamento fuese válido, como si el testador no hubiese estado jamás cautivo.

De manera que aquí el testamento se declaraba válido.

#### DE LA DESHEREDACION.

En una época difícil de precisar, la costumbre impuso al testador, -- teniendo hijos bajo su autoridad, una nueva formalidad necesaria a la validez del testamento: era la desheredación. (16)

Según la Ley de las XII Tablas la voluntad del jefe de familia, regularmente expresada en su testamento, hacía ley. Investido de una autoridad paterna que le daba derecho de vida y de muerte sobre sus hijos, podía con más justa razón privarles de su sucesión. Sin embargo, del mismo rigor de este poder jurisconsultos sacaron una reforma favorable para los hijos. -- Los que tenía el jefe de familia bajo su autoridad directa se les consideraba como investidos de una especie de copropiedad latente sobre los bienes paternos, que casi siempre habían contribuido a acrecentar por sus adquisiciones. A su muerte, debían recoger este patrimonio que era suyo, según la expresión sancionada, teniendo derecho a la sucesión como herederos --

(16) Eugène Petit. Obra citada. Pág. 520.

sui. Se terminó por declarar que el jefe de familia debía confirmar esta cualidad instituyéndolos, o quitársela expresamente desheredándolos; de otra manera, el testamento era nulo. Además lo ordena en la plenitud todavía de su poder, y no tiene que dar explicaciones de los motivos de la desheredación. La única garantía que concede al hijo esta nueva formalidad, es que el jefe de familia dudara acaso formular en su testamento una desheredación expresa. Pero más tarde, por un nuevo progreso de las costumbres, no llegó a impedir que el padre despojase a sus hijos sin causa justificada. Las reglas de la desheredación definitivamente aceptadas en la época de Cicerón fueron modificadas por el Derecho pretoriano, y más tarde por Justiniano.

En la desheredación ya se hablaba del derecho de acrecentar y de la copropiedad y en este caso muy particular el jefe de familia no podía despojar al hijo.

En el Derecho Civil, si el testador omitía un hijo al hacer su testamento, éste a su vez era nulo por completo es decir en todas sus partes o disposiciones, abriéndose así la sucesión ab intestado. (17)

En un principio, el padre de familia estaba obligado a instituir o desheredar a los herederos suyos. No debía tampoco omitirlos, es decir, pasarlos en silencio.

Los herederos suyos a quienes debe instituir o desheredar son los herederos suyos presuntos, esto es, los hijos y descendientes colocados directamente bajo su potestad, y que a su muerte se harán sui juris. Por ejemplo: "Ticio tiene bajo su autoridad a su hijo y a su nieto; debe ins-

(17) Eugéne Petit. Obra citada. Pág. 521.

tituir o desheredar a su hijo, que es heredero suyo presunto. Pero si tuviese a su nieto bajo su potestad directa, por haber muerto su hijo, será el nieto a quien debe instituir o desheredar". Ulpiano.

#### DE LA INSTITUCION DEL HEREDERO.

En el Derecho antiguo y en la época clásica para que una disposición testamentaria fuera válida tenía como requisito esencial que fuera un acto solemne, de otro modo era un testamento nulo en su contenido y carecía de efectos jurídicos, razón por la cual veremos la forma de la institución.

La institución o designación de un heredero por testamento constituye la parte esencial del testamento: *caput et fundamentum totius testamenti*. - Si la institución es nula cae todo el testamento; pero eso es muy importante precisar las condiciones de validez. (18)

FORMAS DE LA INSTITUCION. - En el antiguo Derecho, y durante la época clásica, la institución de heredero había hacerse en términos solemnes; de otra manera era nula. Los términos sancionados eran: *Titius heres esto o - sit: Titium heredem esse jubeo* (Gayo, 11, S 116 y 117). Estos son términos imperativos, por cuanto el testador debe hacer la ley de su herencia. Por otra parte, la institución de heredero debía ser colocada a la cabeza del testamento. Esto es lógico, porque las otras disposiciones, legados y fideicomisos, sólo son cargas impuestas al heredero; pero la consecuencia era rigurosa, y toda disposición escrita antes de la institución era nula. Sólo había excepción en favor de la desheredación Ulpiano, y del nombra---

(18) Eugéne Petit. Obra citada. Pág. 524.

miento de un tutor por lo menos, según opinión de los proculeyanos (Gayo, 11, S 231).

#### DE LA NULIDAD Y DE LA INVALIDACION DE LOS TESTAMENTOS.

De las principales causas de nulidad de los testamentos en la civilización Romana, durante el antiguo Derecho y la época clásica y que a continuación mencionaremos.

Las causas que impiden a un testamento producir su efecto se dividen en dos clases: las que le hacen nulo, ab initio, y las que hacen que, válido en el momento de su confección, le invalidan después, infirmatur.

##### a). Causas de la nulidad ab initio.

Estas causas vician el testamento en el mismo momento que se hace. De manera que, suceda lo que suceda, queda nulo, porque el acto nulo, ab initio, no puede volver a ser válido (19). Esto ocurre cuando falta al testamento una condición esencial para su validez, es decir, en los casos siguientes ya estudiados, y que nos limitaremos a recordar aquí:

1. No habiendo sido hecho el testamento según las formas legales, se dice que es injustum o non jure factum.
2. El testador no tenía el derecho de testar, o, del mismo si teniendo el derecho, no tenía el ejercicio en el momento en que testó.
3. El instituido no tenía la testamenti factio en el momento de la confección del testamento.
4. El testador ha omitido un heredero suyo que existía en el momento de testar. Entonces el testamento es nulo, ab initio, según la opinión sa-

(19) Eugéne Petit. Obra citada. Pág. 533.

biniana que ha prevalecido.

#### LA REVOCACION DE TESTAMENTOS.

Como nos menciona y ejemplifica el maestro Guillermo Floris Margadant S. en su obra citada, referente a la revocación del testamento, es meramente igual a como nuestro Código Civil vigente, dice respecto a la forma de la revocación, a este respecto se sigue considerando la última voluntad -- del testador como la que quiere que se respete para después de su muerte, -- automáticamente el último testamento anula al anterior o anteriores, salvo disposición de un Juez competente en contrario, como nuestro tema es de -- las maneras de la revocación nos meteremos al campo del litigio por eso -- nos concretamos a mencionar lo de un Juez competente. (20)

Como el testamento contiene "última voluntad", era esencialmente re--vocable en caso de que el testador descubriera que el contenido de su testamento ya no correspondía a una "ulterior voluntad" suya. La revocación -- de un testamento se podía hacer de los siguientes modos:

a) Por la confección de un nuevo testamento. Aún en el de que éste -- fuera parcialmente compatible con el testamento anterior, el testamento -- hecho primeramente quedaba totalmente revocado, a fin de eliminar una ---- fuente de posibles dudas.

b) Por la destrucción material del documento en cuestión, siempre que ésta fuera intencionada.

c) Por revocación formal, en un acto solemne (con testigos o delante de alguna autoridad). Este modo de revocación era el más indicado cuando --

(20) Floris, Margadant S. Guillermo. Ob. Cit. Págs. 474 y 475.



se quería pasar de la vía testamentaria a la legítima.

Como nuestro tema no es hablar de los legados, pero en virtud de ser estos en ocasiones parte del testamento en su contenido, comentaremos algunos puntos de vista al respecto si bien es cierto que el legado no es parte esencial del testamento, pero también es cierto que en ocasiones es el modo del testador para dividir la masa hereditaria al momento de hacer su disposición testamentaria, el legado es una disposición en concreto que hace el testador a un heredero, o bien se puede hacer una disposición testamentaria únicamente en legados.

LOS LEGADOS. El heredero podía ser designado por testamento o por las normas que señalaba la vía legítima; en cambio, el legatario sólo podía -- ser designado por testamento. (21)

Se trataba de una persona que recibía una liberalidad por testamento que les es transmitido a título particular, mientras que el heredero recibía la herencia a título universal. Como el heredero, el legatario debía gozar de la *testamenti factio passiva*. Cuando el testador quería individualizar determinados beneficios testamentarios, el legado era una institución útil. Por ejemplo, si deseo que la persona que siempre me acompañó al piano reciba como legataria mi discoteca, y no como heredera, una milésima parte de mi herencia; o que mi antigua criada tenga por toda su vida, un derecho de habitación en mi casa, el legado ofrece una buena solución.

Otra ventaja del legado era que su cuantía podía fijarse de antemano, mientras que, en el momento de hacer testamento, el testador no sabía muchas veces cuál era el valor neto de la herencia. Si quería conceder enton

(21) Floris Margadant S. Guillermo. Ob. Cit. Pág. 488.

ces a algún amigo un beneficio de, aproximadamente, cien mil sestercios, - era más aconsejable instituirlo legatario por esta cantidad, que nombrarlo heredero por un tanto por ciento de la herencia.

Mencionemos ahora el difícil problema consistente en delimitar el legado de las figuras semejantes.

Sobre todo, debemos distinguir del legado el favor en beneficio de un tercero, mediante una condición o carga impuesta al heredero. Si instituyo, por ejemplo, heredero a Tito con la obligación de otorgar una servidumbre de paso sobre un terreno suyo a favor de mi amigo Osilio, éste último no es legatario. Por tanto, originalmente, no se necesita que tenga la testamenti factio passiva (que como legatario sí necesitaría); y, para el cálculo del límite matemático que debe observarse respecto a la distribución de la sucesión entre herederos y legatarios, la mencionada obligación no se tomaba en cuenta. Sin embargo, en el curso del período clásico, se extendió, por analogía, todo el régimen restrictivo en materia de legados a las personas que se encontraban en casos semejantes al de Osilio. El realismo práctico triunfa sobre las superrefinadas distinciones conceptuales.

#### CAPACIDAD PARA TESTAR Y PARA SER INSTITUIDO EN UN TESTAMENTO.

La capacidad para testar y para ser instituido en un testamento se llama en latín testamenti factio. Como formaba parte del ius commercii sólo la tenían los ciudadanos romanos. (22)

La expresión se usó de forma genérica para designar tanto a la capaci

(22) Morineau Iduarte Martha, Iglesias González Román. Derecho Romano. Editorial Harla, S.A. de C.V. Copyright México, 1987, Págs. 213 y 214.

dad para hacer testamento como a la de ser instituido como heredero o legatario. La diferenciación entre testamenti factio activa refiriéndose al primer caso, y testamenti factio passiva para aludir a los demás, no procede del Derecho Romano sino que apareció más tarde y es de Derecho Común.

La testamenti factio activa sólo la poseían los ciudadanos romanos -- sui iuris que gozaran de plena capacidad jurídica no así los impúberes, -- ni los pródigos. Los locos sólo lo tenían en los momentos de lucidez. ---- (Inst. 12, 1-2).

La mujer sui iuris necesitaba de la autorización de su tutor para -- hacer testamento.

La testamenti factio debería existir desde el momento en que se otorgaba el testamento hasta aquel en que ocurría la muerte. Para el testamento del ciudadano romano cautivo de guerra operaba el postliminium, y si moría en cautiverio, la Ley Cornelia introdujo la ficción de que el testamento se había hecho en el último momento de libertad, reconociéndolo -- como válido.

#### SUSTITUCIONES.

La sustitución es una institución de heredero sujeta a condición ---- suspensiva en la que se nombraba a un heredero sustituto para el caso de -- que el primeramente instituido no llegara a heredar. (23)

En el derecho clásico se conocieron dos clases de sustitución: la --- vulgar y la pupilar; en la época justiniana se agregó una tercera: la --- cuaspupilar.

(23) Morineau Iduarte Martha, Iglesias González Román. Ob. Cit. Pág. 216.

La sustitución vulgar era aquella en la que se nombraba un sustituto-- previendo que el primeramente instituido por alguna circunstancia no llegara a heredar.

La sustitución pupilar en este tipo de sustitución, al instituir como heredero a su hijo impúber, el padre también designaba al heredero de éste, para el caso de que el hijo muriera antes de llegar a la pubertad y -- por tanto, sin poder hacer testamento.

Sustitución cuasipupilar en este caso se nombraba sustituto para el -- hijo loco que, aunque púber, muriera sin otorgar testamento por no haber -- recobrado la razón. (24)

#### LAS FORMAS DE LOS LEGADOS.

Cuatro formas de legados se distinguan, a saber:

1. El legado per vindicationem. En este caso, el testador concedía -- directamente al legatario la propiedad quiritaria sobre determinado bien, -- con tal que reuniera las condiciones siguientes: (25)

a). Que perteneciera al testador en el momento de hacer su testamen-- to.

b). Que perteneciera, además, al testador en el momento de abrirse la sucesión.

(24) Morineau Iduarte Martha, Iglesias González Román. Ob. Cit. Pág. 216.

(25) Floris Margadant S. Guillermo. Obra citada. Pág. 488

c). Que el testador tuviera sobre él la propiedad quiritaria en aquellos dos momentos.

La regla de que el objeto del legado per vindicationem debía encontrarse todavía en el patrimonio del difunto cuando se abriera la sucesión, se suavizó respecto de bienes genéricos, en cuyo caso bastaba que bienes del mismo género y de la misma calidad se encontraran en poder del testador cuando éste muriera. Mediante este legado, caracterizado por la fórmula do lego, el legatario recibía un derecho real sobre el objeto en cuestión y podía ejercitar la reivindicatio.

2. El legado per damnationem. Este legado tenía un campo de aplicación mucho más amplio que el anterior. Podía referirse a objetos que nunca estuvieron en el patrimonio del testador o sobre los cuales el testador tuviera sólo la propiedad bonitaria. Si el objeto legado no se encontraba entre los bienes de la sucesión, el heredero tenía el deber de adquirirlo, y, en caso de imposibilidad de hacer esta adquisición, debía entregar al legatario su valor pecuniario. (26)

Para reclamar sus derechos, el legatario no disponía de una actio reivindicatoria, como en el caso anterior, sino sólo de una actio ex testamento, de carácter personal. La negativa, por parte del heredero, a cumplir voluntariamente con este legado, se castigaba mediante una condena por el doble.

En caso de un legado respecto de un objeto que no perteneciera al testador, el legatario tenía la obligación de comprobar que el testador sabía que el objeto era ajeno; y, si el legado se refería a una cosa que en-

el momento de hacerse el testamento pertenecía al testador, pero que más tarde había sido vendida por éste, tal venta equivalía a una revocación -- del legado.

La fórmula de este legado era: *Heres meus damnas esto dare* "mi heredero está obligado a dar al legatario el siguiente objeto".

3. El legado per praeceptionem. Se parecía al vindicatorio, pero era, a la vez, más amplio y más restringido:

a) Más amplio, porque podía tener por objeto un bien sobre el que el testador no tuviera más que la propiedad bonitaria.

b) Más restringido, pues el legatario debía pertenecer al grupo de -- los herederos. Antes (*prae*) de la división de la herencia, el legatario te nía el derecho de tomar (*capere*) determinado objeto perteneciente a la sucesión. Su derecho estaba amparado por una acción real.

La fórmula de este legado era: *Servius praecipito* "Servio debe tomar antes de la división de la herencia entre los coherederos, el siguiente -- objeto".

4. El legado *sinendi modo*. Se parecía al legado per damnationem. Como en éste, el legatario tenía una *actio ex testamento*, de carácter personal, en contra del heredero, para reclamar la entrega; pero el objeto de -- este legado se limitaba a los bienes pertenecientes a la sucesión o al heredero. Su fórmula era: *heres meus demnas esto sinere* "mi heredero está -- obligado a permitir que el legatario tome el siguiente objeto". (27).

A causa de su enfermedad o por su ignorancia del derecho los testadores no siempre encontraban la fórmula debida, en el momento de insertar --

(27) Floris Margadant S. Guillermo. Obra citada. Pág. 490

los legados en un testamento. Por eso, Nerón decidió, mediante el *senatus-consultum Neronianum*, que, en caso de defectos formales, el legado valdría como *per damnationem*, por el mayor campo de aplicación de éste.

Justiniano, el unificador, trató todos los legados de la misma manera y concedió a los legatarios:

1. - Una acción real para reclamar el objeto, si éste se encontraba entre los bienes de la sucesión.

2. - Una acción personal contra el heredero, si el objeto pertenecía a éste o a un tercero del cual el heredero debería tratar de comprarlo. - También procedía la acción personal si el objeto del legado no era una cosa, sino servicios, ampliación de un plazo, etc., de manera que una acción real de nada serviría.

Una acción hipotecaria respecto de los bienes que tuviera el heredero en el momento de recibir la herencia (otra de aquellas molestas hipotecas generales y tácitas, que tantos trastornos provocaban en la práctica jurídica del mundo antiguo). (28)

#### 1.2. EN EL DERECHO ESPAÑOL.

De acuerdo con el Art. 808 del Código Civil Español, las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre constituyen la legitima de los hijos y descendientes legítimos (llamada legítima larga). De esas dos terceras partes se puede disponer de una de ellas para mejora a esos hijos y descendientes, y cuyo usufructo corresponde al consorte, por-

(28) Flóris Maradant S. Guillermo: Obra citada, Pág. 490

lo que el otro tercio de estas dos terceras partes se le llama corta o --- estricta. La última tercera parte restante es de libre disposición. En estos casos de reservas o legítimas, ciertas partes de los bienes del "De -- Cujus" sufren la fuerza de atación de intereses por parte de personas que estaban ligadas con él.

Como expone el maestro José Arce y Cervantes, en el Derecho Español, -- NO se tiene la libre disposición de todos los bienes para disponer de ---- ellos mediante un testamento, puesto que hay una parte llamada legítima.

El maestro Luis F. Uribe, nos da unos preceptos y definición del testamento en la legislación Española. (29)

Los preceptos que definen el testamento en las Leyes Españolas y que nos dan una clara idea de esta institución en el Derecho Español y al respecto dice: "El proyecto de Código de 1851, definía el testamento: acto -- solemne y esencialmente revocable, por el que dispone el hombre de todo o parte de sus bienes para después de su muerte en favor de una o más personas. Se ve claro que para el legislador de España, el testamento es un acto de voluntad, y refunde en él lo que otros Códigos, como el de Austria, -- llaman actos de última voluntad o testamentos, según que no contengan o -- contengan institución de heredero. Por lo que se deduce de las palabras -- del legislador, el testamento del Código es un acto de disposición mortiscausa, no propiamente de enajenación de dominio puesto que lo ordenado por el testador no se perfecciona hasta su muerte, y el sucesor no adquiere --

(29) José Arce y Cervantes. De las Sucesiones. Primera Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1983, Pág. 28.



ningún derecho hasta que el hecho del fallecimiento se realiza".

### 1.3. EN EL DERECHO FRANCES.

Como define el testamento F. Laurent, dice: "El testamento es un acto por el cual el testador dispone para el tiempo en que no existirá más de todos o parte de sus bienes y que él puede revocar. Esto si se sobreentiende que el testamento es un acto y no un contrato; el legatario no interviene en el testamento porque figuraría en él, el legado no le da ningún derecho. Podemos preguntarnos si su presencia no viciaría el testamento, - este acto debe ser la expresión de la sola voluntad del testador. "Hay --- que añadir que el testamento es un acto solemne. No basta que un acto sea hecho en las formas requeridas por la ley para ser testamento, agrega que el testador debe disponer de todo o parte de sus bienes. Es, pues, necesario una disposición de bienes directa o indirecta...". (30)

En este mismo sentido se expresa la generalidad de los Franceses y para no citar más que unos cuantos, por ejemplo, Aubry et Rau, Baudry Lacantinerie, Bonnecase.

Ahora veremos la exposición que hace el ilustre abogado José Arce y Cervantes, al respecto: Las personas pueden disponer de sus bienes pero ésta libertad no es completa: Los ascendientes y descendientes tienen derecho a una parte llamada reserva hereditaria. La parte de que puede dispo--

(30) Luis F. Uribe. Sucesiones en el Derecho Mexicano. Primera Edic. Editorial Jus, S.A. México, 1962.

ner el testador se llama cuota disponible que varía de por lo menos una -- cuarta parte y a lo más de las tres cuartas partes. Cuando no hay herederos reservatarios, todos los bienes son disponibles libremente. Esta es -- una solución entre el derecho individual para disponer y el derecho familiar.

#### 1.4. EN EL DERECHO ITALIANO.

Roberto de Ruggiero, a este respecto dice: "aunque inexata para el -- Derecho Romano (en el que la institución de heredero era condición esencial para la existencia del testamento) es aplicable a nuestro Derecho la definición de Modestiano: Pero nuestro Derecho exige una institución de -- heredero ni que el testador disponga de todo el patrimonio; todo acto que regula todas o parte de las relaciones jurídicas para después de la muerte es un testamento, ya se instituya en el heredero, ya legatario. (31) Es, -- en efecto un principio del nuevo Derecho que el testador tenga la máxima -- libertad para expresar su voluntad, para distribuir todos sus bienes o parte de ellos entre sus sucesores; las disposiciones testamentarias, se pueden hacer con institución de heredero o de legado o con cualquiera otra -- denominación que exprese la voluntad del testador, idea esta que se repite en la definición legal del Código (Art. 759) salvo que este Artículo -- ya no esté vigente: el testamento es un acto revocable por el que alguien, según las reglas legales, dispone para el tiempo en que ya no viva de todos o parte de sus bienes en favor de una o varias personas".

(31) Luis F. Uribe. Obra citada. Pág. 160

## 1.5 EN EL DERECHO MEXICANO.

El Código de 1870 seguía el sistema español de la legítima que, como dice Pablo Macedo "era el sistema indudable que nos venía desde las Leyes de Toro, seguidas por toda la tradición española que regía en las principales naciones extranjeras". Nuestro Código de 1884 cambió el sistema. De conformidad con los artículos 3323 y el siguiente, toda persona tiene derecho a disponer libremente de sus bienes por testamento, derecho que no estaba limitado sino por la obligación de dejar alimentos a los descendientes, cónyuge supérstite y a los ascendientes, según las reglas que ahí mismo se establecen. Es también el Código de 1870 el que, en la legislación mexicana, se aparta del Derecho Francés y del Español en cuanto a que modifica el sistema anterior por lo que el heredero no será ya responsable de las deudas hereditarias sino hasta donde alcance la cuantía de los bienes, o sea el beneficio de inventario. (32)

## EL SISTEMA DE NUESTRO CODIGO VIGENTE.

No establece ninguna legítima ni reserva ni porción que deba corresponder obligatoriamente a los parientes o a otras personas. Deja a la persona en libertad para cualquiera de estas posibilidades:

I. - De elegir ella misma a sus sucesores (o sea nombrar herederos y atribuirles su herencia) y dejar determinados bienes a legatarios por me--

(32) Arce y Cervantes José. Obra citada. Pág. 28.

dio de un acto jurídico llamado testamento, por el que puede disponer de sus bienes para cuando fallezca, como lo estime más conveniente, sin más limitación que la obligación de dejar alimentos, en ciertos casos, a las personas que establece la ley y que se verán al hablar del testamento. La regla general, de acuerdo con el artículo 1,283 es que "el testador pueda disponer del todo o de parte de sus bienes". Rige entonces el principio de la libre testamentificación ("testamentifacio", llamada activa). El testamento eficaz, llamado también disposición de última voluntad, da origen a la sucesión testamentaria, y a la llamada o invitación que reciben los herederos para heredar por testamento se le conoce con el nombre de vocación hereditaria por testamento. (33)

II. - De no hacer testamento o de hacerlo sin que comprenda todos sus bienes. Esta situación da origen a la sucesión legítima (porque se origina en la ley, "ex Lege") conocida también con los nombres de intestado o ---- "ab-intestado". Cuando no hay testamento eficaz o si el que hubiere no comprenda todos sus bienes, la ley llama como herederos de todos los bienes - en el primer caso o de los no comprendidos en el testamento en el segundo, a los parientes más próximos (vocación legal) y, en caso de falta de los mencionados en la ley, a la Beneficiencia Pública (1,602). Por tanto, ---- cuando haya bienes, siempre habrá herederos. Es importante señalar que esta sucesión legítima es supletoria de la testamentaria como se desprende artículo 1599. Esto quiere decir que la ley da mayor relevancia a la voluntad que al llamamiento de herederos por la ley.

Sin embargo, pueden coexistir los dos supuestos en una misma sucesión o sea que, al propio tiempo, sea testamentaria y legítima (sucesión mixta) lo que no quiere decir que existan dos sucesiones de una misma persona por que no puede haberlas, sino una sola sucesión basada en dos supuestos o llamamientos (789, CPC). Lo que sucede en este caso es que unas personas - son herederas o legatarias de aquellos bienes de que dispuso el testador - en su testamento y otras son llamadas por la ley como herederos legítimos - de aquellos otros bienes de los cuales no dispuso.

## CAPITULO SEGUNDO.

### CONCEPTO Y CARACTERES DEL TESTAMENTO, CONTENIDO . Y MODO DEL TESTAMENTO.

#### 2.1. EL CONCEPTO DEL TESTAMENTO.

En primer punto que se presenta a consideración es el relativo a su calificación como acto jurídico.

Sobre el tema se ha ahondado mucho y no es mi intención el caer en su perfluas repeticiones sobre lo que ya todo mundo conoce. Baste recordar a este respecto las conclusiones que hoy son unánimemente admitidas.

Contra la singular postura de considerar al testamento como un mero proyecto se ha contestado con toda razón que los proyectos no producen efectos jurídicos, lo cual no puede afirmarse respecto de las disposiciones testamentarias.

Tampoco considero de mayor importancia la afirmación de algunos autores conforme a los cuales el testamento antes de la muerte de su autor es un mero hecho sin ninguna trascendencia jurídica, pues aparte de que por su carácter mortis causa sus efectos esenciales necesariamente sólo tienen existencia a partir y en virtud de la muerte, el considerarlo como un mero hecho no tiene sentido. En efecto, si con ello se quiere decir que es un acto sin interés para el Derecho antes de la muerte de su autor, se pecaría de inexactos por defecto. El acto de testar es objeto de protección jurídica surta o no efectos. Como expresión que es del ejercicio de la libertad, su otorgamiento está garantizado contra cualquiera que lo impida -

conforme a lo dispuesto por el artículo 1488 del Código Civil vigente para el Distrito Federal. Pero además como resulta obvio, al Derecho no sólo le interesa que su otorgamiento sea libre, sino que para ser válido ha de conformarse con la regulación vigente tanto en los requisitos de forma como de capacidad.

No hay duda de que las cuestiones de capacidad del testador y la forma del testamento deben delucidarse de acuerdo con la normatividad aplicable al perfeccionamiento de los actos que coincide con el de su otorgamiento, pero no parece justificable extender su aplicación a ciertas cuestiones de fondo, ya que si sus efectos están diferidos para un momento posterior, será el Derecho vigente en ese momento quien determine su mayor o menor alcance. Específicamente considero criticable la disposición del artículo 1326 porque contradice lo dispuesto por el artículo 1512, según el cual el Notario debe sujetarse estrictamente a la voluntad del testador. La prohibición al Notario sale sobrando, pues así puede el testador instituir mil veces a un ministro de culto, mientras no se le conceda a ésta última la capacidad correspondiente no conseguiría aquél su propósito. Si se hace una disposición para el futuro en favor de este tipo de incapaces que hayan dejado de serlo cuando el testamento surta sus efectos, se respecta la voluntad del testador. Pero si al contrario el incapaz sigue siéndolo, nada se ha perdido, en cuanto al menos se deja la libertad de intentar lo.

Por otra parte, no es cierto que el testamento no tenga desde su otorgamiento trascendencia jurídica.

En primer lugar, revoca de pleno derecho salvo disposición en contrario el testamento anterior. Confiere también la facultad de suceder por in

testado, cuando el testador perdonando al indigno lo hace en declaración auténtica, que puede ser el testamento, dado que siendo la autenticidad un problema de veracidad, ésta pueda predicarse del mismo como de cualquier otro acto mientras no se pruebe su falsedad. En fin, la posibilidad de que el testamento contenga disposiciones o declaraciones ajenas a su tipicidad plantea el problema de que a éstas, más que las normas del acto en que se envuelven, se les apliquen las que regulen ese singular contenido. Conforme a éstas últimas es posible que surjan, se aclaren, conformen o modifiquen relaciones jurídicas sin carácter sucesorio. Así es posible encontrar dentro del acto testamentario una confesión extrajudicial, cuyo valor y alcance compete a las normas procesales. (34)

Bonnetcase (Suppl., t. II, núm. 251) define el acto jurídico diciendo que "es una manifestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral, cuyo fin directo es engendrar, fundándose en una regla de derecho, en contra o en provecho de una o de varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica general y permanente, o, al contrario, un efecto de derecho limitado que conduce a la formación, a la modificación o la extinción de una relación de derecho". Contrayéndonos a la materia de las obligaciones, podemos definir el acto jurídico diciendo que "es una manifestación exterior de voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho y que produce el efecto deseado por su autor, porque el derecho sanciona esa voluntad". (35)

(34) Díez Picazo. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Pág. 240. Madrid 1972.

(35) Manuel Borja Soriano. Teoría General de las Obligaciones. Décimaprimer Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1989. Págs. 84 y 85.



## 2.2. CARACTERÍSTICAS DEL TESTAMENTO.

De acuerdo con la definición que nos da nuestro Código actual, en su Art. 1295: "Testamento es el acto personalísimo revocable y libre por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte".

De acuerdo con esta definición de las disposiciones del Código Civil vigente sobre esta materia, los elementos o características que la integran son nueve, a saber:

1. Es un acto jurídico. Primeramente recordemos la definición de acto jurídico y su diferencia con el hecho jurídico.

Por acto jurídico se entiende una manifestación de voluntad que se realiza con la intención de producir efectos de derecho, existiendo una norma jurídica que ampare esa manifestación.

Por el contrario, hecho jurídico es un acto que realiza un sujeto sin la intención de que se produzcan los efectos jurídicos que, como consecuencia de ese acto, se realizan. (36)

Se desprende de lo anterior que para que exista un acto jurídico se requiere:

Que haya una manifestación de voluntad; la intención de que se produzcan los efectos jurídicos deseados; que exista una norma jurídica que sancione esa manifestación de voluntad y que el objeto consista precisamente en producir consecuencia de Derecho.

En primer lugar, no basta que exista una voluntad libre sino que se -

(36) Luis F. Uribe. Obra citada. Pág. 163.

requiere que esa voluntad esté encaminada a producir efectos de derecho y también que se tenga un objeto de esa intención y que esté protegida por la norma. (37)

Así, por ejemplo, podemos decir que se trata de un acto jurídico, --- la celebración de un contrato cualquiera, puesto que la intención del sujeto es justamente producir los efectos jurídicos queridos y amparados por la ley, y por el contrario, tenemos como ejemplo típico de hecho jurídico, cualquier tipo de delito, porque en la intención del sujeto no se encontraba la de realizar los efectos o las consecuencias legales que son precisamente la de que se le imponga una sanción por la comisión de ese delito.

Es negocio jurídico desde que se otorga porque desde ese momento tiene en sí todos los elementos constitutivos necesarios para su existencia.--- (acto) jurídico unilateral. La muerte de su autor no lo perfecciona sino que solamente determina el comienzo de la producción de sus efectos. Tampoco lo perfecciona la aceptación de la herencia y así lo reconoce expresamente el Código: El testamento otorgado legalmente dice el Art. 1378, será válido, aunque no contenga institución de heredero y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar. (38)

Por su naturaleza es definitivo, aunque el testador tenga el derecho de revocarlo. El que lo otorga lo hace con intención de que esa voluntad --- suya expresada se cumpla si él no la revoca o la modifica. La muerte del ---

(37) Luis F. Uribe. Obra citada. Pág. 163.

(38) José Arce y Cervantes. Obra citada. Pág. 50.

autor actúa sólo como un presupuesto de producción de efectos: no agrega nada el acto de voluntad que ya se ha expresado. En este caso la muerte -- pertenece a los elementos que son extraños al acto de voluntad. "Una vez -- que ha quedado debidamente formada la declaración testamentaria, ésta se -- convierte en algo objetivo que, en el mundo social, tiene un valor autónomo, objetivamente reconocible, que no depende ya del pensamiento de su autor y hace su camino por cuenta propia.

Para comprender la esencia del testamento hay que atender a un doble estudio: en el primero, una vez formado, adquiere relevancia y carácter -- definitivo para su autor, puesto que, si quisiera impedir sus efectos, --- tendría que revocarlo. Para los demás antes de la muerte del autor, este -- acto jurídico llamado testamento es irrelevante en cuanto a negocio jurídi co. Para ellos sólo adquirirá relevancia a la muerte de su autor y, por -- eso, la solemnidad jurídica, como vehículo idónea, custodia la declaración testamentaria y la lleva al exterior cuando ocurre la muerte del testador. En esta misma fase, por otra parte, si el testamento es revocable, quiere decir que es un acto jurídico completo porque revocar un acto que no existe jurídicamente implicaría un absurdo. En el segundo estudio, cuando ha -- fallecido su autor, el testamento no puede ser revocado y, empezará a surtir todos sus efectos. (39)

Por otra parte la expresión mencionada indica que el testamento debe contener la voluntad de una sola persona. Es por tanto, como dice Cicú, -- un acto unipersonal. Este carácter de unipersonalidad en el testamento tie

(39) José Arce y Cervantes. Obra citada. Pág. 51

ne como fin garantizar la espontaneidad de la voluntad que ahí se manifiesta, es decir, la no concurrencia con otras voluntades que pudieran influir la, así como la libertad para revocarla. Expresamente prohíbe el Código -- que en el mismo acto testen dos personas (1296 C.C.). En el testamento participa como otorgante sino el testador. Otras personas que pudieren intervenir (notario, testigos) concurren sólo para certificar la veracidad del acto.

Por su naturaleza de acto único excluye también cualquier otro acto -- que no sea testamentario, aunque puede contener otros actos de última voluntad que no sean naturalmente testamentarios, que llamamos contenido atípico de testamento y que son formalmente testamentarios, pero siempre que se trate de negocios unilaterales de posible efecto para después de la --- muerte. (40)

Es un acto unilateral. En efecto, exclusivamente se da vida legal al acto jurídico consistente en el testamento, por la sola declaración del -- testador, sin que se requiera de ninguna manera la aceptación del heredero o legatario.

Es más, si el heredero o legatario que se nombre en un testamento, -- comparece en el acto como testigo, hace nula la cláusula que se refiera a la disposición que beneficia a esta persona o a sus parientes.

La autonomía de la voluntad en el negocio jurídico, contenido del ---

derecho, el derecho tiene expresiones dinámicas que representan la forma - de querer de un cuerpo social que lo auspicia, por lo que al lado de todo- derecho positivo, habrá que reconocer una evolución histórica-jurídica y - una razón de ser filosófico-histórico, que explica y determina sus cam- bios.

Es cierto que se puede hablar de una antología jurídica por cuanto -- que el derecho tiene una realidad sustantiva, sin embargo, sería negar cua- lidades esenciales de ese ser, si negáramos totalmente su historicismo.

Si consideramos al derecho como una mera realidad ideal, lo haríamos -- por una exigente asepsia mental, que se impondría como necesaria, para po- der estudiar por separado el derecho como norma coactiva independiente de - su contenido histórico, pero sólo nos sería permitido la separación de es- tos dos conceptos lógicos, para un mejor estudio de lo jurídico, sin ser-- nos autorizado divorciar definitivamente estos dos puntos de vista, sino - por el contrario, reconocer que ambos se complementan, para darnos la no- ción del derecho entendido como un producto del hacer cultural del hom- bre. (41)

El derecho, tradicionalmente (Derecho Romano, Escuela Francesa del -- Derecho) ha sido estudiado en sus valimientos históricos, dándole carácter- de producto social, que reconoce una evolución e inmanente proyección his- torica. Tendencias modernas en el derecho, inspiradas en una concepción --

(41) Félix Pichardo Estrada. La Autonomía de la Voluntad en el Orden Jurí- dico. Primera Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1958. Pág. 27.

formalista, pretenden dar a éste un mero contenido lógico, extrayendo de él, todo dato sociológico y aún psicológico; de esa manera el derecho viene a ser un mero esquema de pensamiento de contenido puramente ideal, que opera por la vía de relación normativa.

El derecho ha de manester de una técnica en cuanto su estudio y aplicación, y al igual que cualquier otra ciencia, se sostiene sobre afirmaciones base, que sirven de sostén a su estructura. El derecho ha de menester de dogmas que lo basamenten.

La autonomía de la voluntad privada es sin duda, el dogma jurídico -- que se presenta en la actualidad dentro del campo del derecho, con mayor sentido polémico y contradictorio. La razón por la que se somete el dogma de la autonomía de la voluntad a serios análisis, es por escapar su problemática de una mera técnica jurídica; ya que la autonomía de la voluntad es la institución que arraiga inmediatamente en motivaciones sociológicas, políticas, económicas y filosóficas. Basta para considerar la importancia -- del problema, la tesis cartesiana, de ser el hombre y su razón la medida -- de todas las cosas; siendo precisamente la voluntad del hombre, la que expresa los límites de su conducta valorativa. (42)

El reconocimiento de la autonomía individual representó en Roma, como tendremos la oportunidad de verlo, una firme evolución del progreso jurídico, ya que significó el rompimiento del derecho, con la forma ritual que lo constreñía, hasta el grado de no dejarlo tener vida propia, si no era a través de formas sacramentales jurídicas.

(42) Félix Pichardo Estrada. Obra citada. Pág. 28

Igualmente caracterizan esta unilateralidad del testamento, que está prohibido, que en el mismo acto testen dos o más personas ya en provecho -- recíproco ó en favor de un tercero.

La prohibición a que nos hemos referido de que el testamento pueda -- ser conjunto o recíproco, además de caracterizar el acto como unilateral, -- tiene por objeto también evitar cualquier influencia extraña a la voluntad libre del testador.

Acto de última voluntad, es decir "mortis causa" o, como dice el Códig o "para después de la muerte" Art. 1295. Es decir, es acto jurídico con -- efectos diferidos a cierta época cronológicamente posterior a su otorga--- miento, puesto que la producción de efectos está sujeta a la "conditio ju- ris" de la muerte. La muerte es el único punto de vista que tiene el testa dor y a la que determina su voluntad. Es la muerte la que señala el princí pio de la producción de sus efectos y las disposiciones propiamente testa mentarias, no deben producir ninguno antes de este hecho. Este carácter -- indica también que la voluntad contenida en el testamento es la definitiva del testador mientras no la cambie. Se dice que es "última voluntad" por-- que subsiste hasta la muerte, mientras no se revoque. Se presume que la -- voluntad expresada por el testador es lo que él hubiera querido en el úl-- timo momento de su vida. La voluntad testamentaria no caduca ni prescribe por el transcurso del tiempo. (43)

Es un acto libre. Para ser eficaz plenamente la voluntad testamenta-- ria debe ser libre y consciente. La violencia que fuerza de voluntad y el error que oscurece la inteligencia, impiden que el acto viciado por ellos--

(43) José Arce y Cervantes. Obra citada. Pág. 53

sea eficaz. La definición del testamento en el Código Civil en su Artículo 1295 exige esta libertad. Sanciona con la nulidad del testamento que se -- haga bajo la violencia Artículo 1485, y el captado por dolo o fraude Artículo 1487 y declara que no produce efectos las disposiciones que se fundan en causa expresa que resulte errónea, si fue la única que determinó la voluntad Artículo 1303. El Artículo 1488, asegura el ejercicio del derecho -- de testar cuando alguien pretende impedirlo.

Es un acto formal y solemne. Independientemente de que, como veremos en el capítulo siguiente, los testamentos en cuanto a su forma se dividen en ordinarios y especiales y los primeros requieren mayor solemnidad que -- los segundos, de todas maneras, a nuestro juicio, tanto unos como otros -- son actos jurídicos formales y solemnes. (44)

En los testamentos especiales, como veremos, las solemnidades son --- mínimas, pero eso no quiere decir que por esta razón cambie la naturaleza jurídica del testamento, sino que por las circunstancias especiales que -- autorizan la celebración de un testamento especial, cual es la de una emergencia, se reducen al mínimo las solemnidades, pero no se altera, de ningu na manera, la naturaleza jurídica del testamento que es siempre y esencial mente un acto formal y solemne.

Tan es así que, como veremos en el capítulo relativo a las nulidades--

(44) Luis F. Uribe. Obra citada. Pág. 164.



del testamento, faltando lo más insignificante de los requisitos de forma establecidos por la ley, el testamento es nul y esta nulidad es de la categoría de nulidad absoluta.

Estas solemnidades requeridas para el testamento y que explicaremos en el capítulo siguiente y que son diversas según la clase de testamento, siempre son esenciales al acto jurídico, de suerte que es un elemento ad substantiam. Insisto en que, si se omite la más mínima formalidad según cada clase de testamento, éste quedar viciado de nulidad absoluta y así, como veremos, no puede ser motivo por lo tanto de convalidación, ni menos se extingue el vicio por la prescripción, sino que la única forma de que el testamento quede válido, es haciéndolo totalmente nuevo y apegándose en todo a las formalidades exigidas por la ley para el caso concreto del testamento que se quiere hacer. (45)

Hemos dicho que en los testamentos especiales las solemnidades se reducen al mínimo, pero de todas maneras estas solemnidades siguen teniendo la categoría de ad substantiam, de suerte que, por ejemplo, inclusive en el testamento militar que tiene su origen en el testamento procinctum, que ya hemos analizado al estudiar esta institución en el Derecho Romano y que es válido aunque no se escriba en papel común, sino solamente por el dicho verbal del testador y la presencia de dos testigos, sigue siendo un acto solemne y es necesario, de todas maneras, que el dicho del testador que ha sido escuchado por esos dos testigos, se formalice en los términos precisos que marcan las disposiciones legales relativas, de suerte que si después de recibido ese dicho del testador, los testigos no cumplen al pie de

(45) Luis F. Uribe. Obra citada. Pág. 165.

la letra todos los diferentes requisitos exigidos para que el dicho de --- ambos se formalice por escrito, ese testamento queda también viciado de --- nulidad absoluta.

De tal suerte que en ese supuesto, si se omiten algunas de las form--- lidades que se requieren como esenciales para que sea válido como, por --- ejemplo, en el testamento público abierto, que el notario haga constar que leyó al testador las cláusulas del testamento y que se encontraba en su --- cabal juicio y que se le había dado lectura a su testamento, si estas cir--- cunstancias no se hicieron constar en el testamento, a nuestro juicio, di--- cho testamento es nulo, lo cual demuestra que se trata de un acto eminente--- mente solemne. (46)

El testamento es un acto de disposición de bienes. Este elemento se --- desprende de la propia definición que hemos dado de testamento, ya que he--- mos dicho que es un acto personalísimo, revocable y libre por medio del --- cual una persona capaz, dispone de todos sus bienes y cumple obligaciones para después de su muerte.

Fundamentalmente el testamento consiste en un acto de disposición de--- bienes que, naturalmente como ya hemos visto más arriba, puede ser a títu--- lo universal o a título particular, pero indiscutiblemente conteniendo --- siempre una disposición de orden patrimonial.

Cuando se trata de una disposición a título universal, quiere decir --- que se instituye a beneficiarios como herederos y si se refiere a una dis--- posición concreta a beneficiarios como herederos y si se refiere a una dis--- posición concreta se instituye un legatario.

(46) Luis F. Uribe. Obra citada. Pág. 44

Sin embargo, esto no es obstáculo para que en el testamento puedan -- contenerse también disposiciones de otra clase, a saber: nombramiento de albacea, de tutores para los hijos menores, de condiciones, e inclusive -- contener disposiciones con respeto a bienes ajenos lo que implica la obligación para el heredero o herederos de adquirirlos a efecto de entregarlos a las personas y en las condiciones mencionadas en el propio testamento.

El testamento es un acto revocable. Característica esencial del testamento es su revocabilidad, hasta el extremo de que la ley expresamente establece, que por el solo hecho de hacer un testamento, queda revocado de pleno derecho el anterior, salvo naturalmente que el testador exprese, de manera clara, su voluntad de que el primero subsista en alguna parte o en todo, en la inteligencia de que esa revocación surte efectos aun en el supuesto de que el segundo de los testamentos caducara por incapacidad, renuncia del heredero o legatarios nombrados en el posterior. (47)

Naturalmente que con mayoría de razón produce siempre efectos cualquiera revocación expresa de un testamento.

Esta característica es tan esencial, que no puede renunciar el derecho de hacer un testamento, ni el derecho a revocarlo en cualquier momento.

Puesto que expresa una última voluntad y la voluntad humana es cambiante, el testador es libre de mudar su voluntad hasta el infinito para que el testamento que haga exprese realmente su voluntad definitiva. "La voluntad dice Cicu no puede vincularse a sí mismo" mientras no haya un vínculo jurídico. El Código sanciona este carácter en la definición del tes--

(47) Arce y Cervantes José. Obra citada. Pág. 52

tamento (1295), al considerar nulos la renuncia de testar o de hacerlo --- bajo ciertas condiciones (1492), al nulificar la renuncia de revocar el -- testamento (1493), y al reconocer la facultad del testador de revocar un - testamento para revivir como anterior.

### 2.3. CAPACIDAD DE PERSONA PARA OTORGAR TESTAMENTO.

CAPACIDAD. Como todo acto jurídico, requiere de capacidad. Igual que en materia de obligaciones, la capacidad para testar es la regla general: pueden testar todos aquéllos a quienes la ley no prohíbe expresamente ese derecho (1305). Como ya se dijo, esta capacidad general no implica que --- cualquiera que la tenga puede hacer testamento mediante cualquiera de las formas establecidas por la ley. Hay pues incapacidades relativas en cuanto a la forma: no puede otorgar testamento público abierto el que no puede -- expresar cumplida y claramente su voluntad (1489 y 1512); los que no saben o no pueden leer, son inhábiles para hacer testamento público cerrado ---- (1530); el demente en un intervalo de lucidez, no puede hacer otro testa-- mento que el público abierto (1307), el menor de edad no puede hacer el -- ológrafo (1551). Para usar las formas de los testamentos especiales, es -- necesario estar en las particulares circunstancias previstas para esos casos (1501). (48)

Tienen incapacidad general de hacer testamento:

Primero. Los que no han cumplido los 16 años sin distinción de sexo--

(48) Arce y Cervantes José. Obra citada. Pág. 57.

(1306-I). Aquí la ley reduce la edad con respecto a la capacidad para contraer obligaciones. La razón de ésto es que el menor de edad al testar no contrae ninguna obligación ni compromete su patrimonio y, por otra parte, la ley lo considera con criterio suficiente para hacer disposiciones "mortis causa". Es un criterio semejante al que se sigue para el matrimonio -- (148).

Surge la cuestión de saber cuándo debe entenderse "cumplidos" los dieciséis años, o sea si el tiempo se cuenta de momento a momento o por años.

La ley no da regla para ésto, ni cuando se trata del matrimonio ni de la mayoría de edad (646). Por una parte, en el acta de nacimiento debe hacerse constar la hora (58). Por otra, en materia de prescripción se cuenta por años y no de momento a momento (1176) y el día que comienza la prescripción debe contarse completo aunque no lo sea (1179). Creemos con Polacco y con Planiol, que la edad debe contarse de momento a momento para determinar la capacidad del testador. Pensamos que éste no es criterio estrecho porque, de todas maneras habría que referirse a una hora. Si se cree que hasta la llegada del día en que cumplan 16 años y no la hora, habría que atender a la hora en que empieza ese día y entre fijarse en uno o en otra, es lógico que sea la del nacimiento. Otros opinan que el día del cumpleaños debe ser completo. (49)

Segundo, Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio (1306 Fracc. II). Las expresiones son incorrectas porque, en los artículos 1307 y siguientes permite y reglamenta el testamento del demente en un intervalo de lucidez. En consecuencia, el Código debería decir que -

están incapacitados los privados de su cabal juicio o que no tengan intervalos de lucidez. (50)

No están privados de la capacidad general para testar los ebrios consuetudinarios, los pródigos, los que no puedan o no sepan escribir (1514), los ciegos (1517), ni los sordos que sepan leer (1516), los sordomudos que puedan escribir (1531), mientras no entren dentro de los casos de incapacidad por minoría de edad o demencia, aunque algunos de éstos tendrán que sujetarse a formas determinadas para testar. Por último, la capacidad no puede ser suprimida por sentencia civil ni penal (De Pina). El sordomudo que no sabe leer y escribir no puede sujetarse a la forma. (51)

El testamento del incapaz, sigue siendo nulo aún cuando éste recobrela capacidad.

Momento en que debe juzgarse de la capacidad. En Derecho Romano, el testamento suponía un querer subsistente hasta la muerte, por lo que, si el testador caía en la "capitas diminutio", su testamento era ineficaz. El Código establece que para esto, se atenderá "especialmente" al estado en que se halle el testador al hacer el testamento (1312). La palabra señalada es absurda porque implicaría que, además del momento nombrado, habría que atender a algún otro. Ahora bien, el Código no establece en ninguna parte que debe tenerse en cuenta ningún otro momento por lo que estamos --

(50) Arce y Cervantes José. Obra citada. Pág. 59

(51) Luis F. Uribe. Obra citada. Pág. 169

de acuerdo con Ibarrola que se trata de un error de copia. Además, esta -- disposición está tomada del artículo 666 del Código Civil Español, que en su lugar tiene el adverbio "únicamente".

Puesto que se trata del otorgamiento de un acto jurídico que ya en sí es perfecto, es necesario que se atienda "únicamente" al momento de otorgarlo. Los posteriores no interesan. Una interpretación lógica nos dice -- que ésta es la palabra que debería estar en la disposición comentada, por lo que, en lo que se refiere a la capacidad, no habría que atender al momento de la muerte ni al tiempo transcurrido entre ésta y la fecha del --- otorgamiento. (52)

Contenido. El testamento puede contener disposiciones de varias clases. Unas que no pueden constar más que en testamento (nombramiento de heredero, de legatario, de albacea, de tutor y curador testamentarios, de revocación o revivencia de un testamento anterior, disposiciones sobre funerales, etc.), que se llaman típicas por ser material y formalmente testamentarias; y otras que, aunque pueden constar en un testamento, se podrían expresar mediante otra forma jurídica: reconocimiento de hijo, perdón del ofensor, reconocimiento de deuda etc., que son formalmente testamentarias si constan en un testamento pero no son materialmente testamentarias y que se llaman atípicas. Las disposiciones testamentarias pueden ser clasificadas por su materia en aquéllas que son disposición de bienes, que se conocen como disposiciones patrimoniales, y las que no implican esa disposición y son las no patrimoniales. En el derecho moderno, y así en el nues-

tro, puede existir cualquiera de los dos o ambos. En el Derecho Romano la "institutio heredis" era el "caput et fundamentum totius testamenti", la que le daba eficacia y el heredero, por ser tal adquiría toda la universalidad patrimonial. Hoy, no es necesaria la institución de heredero para la eficacia del testamen.

Este elemento, que ya está incluido en la propia definición ya que, como hemos dicho, el testamento es un acto jurídico y por tanto, como en todo acto de esta naturaleza, se requiere para que sea válido que quien lo haga sea una persona capaz.

Ya hemos explicado, al hablar de la capacidad de ejercicio que en nuestro Derecho la regla general es que una persona goce de la capacidad de ejercicio. Según el Derecho Hereditario, para poder hacer testamento, se exigen dos requisitos, a saber: que el testador sea mayor de dieciséis años, salvo el caso de testamento ológrafo, para lo cual se requiere tener más de dieciocho años y que se encuentre en su cabal juicio.

#### 2.4. MODO EN LOS TESTAMENTOS.

En materia hereditaria es sinónimo de esta palabra la de "carga".

Es muy común en los testamentos instituir a un heredero o legatario, imponiéndole determinados modos o cargas.

Este tema lo precisa Fornieles, diciendo: debemos detenernos en los cargos que son más frecuentes que las condiciones. Sucede a menudo en los



testamentos, que el causante limita o restringe su liberalidad, imponiendo al heredero o legatario que la reciba ciertas obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, que se denomina cargos, o también modos. El modo se diferencia de la condición en que esta última hace depender de su cumplimiento la adquisición del derecho hereditario, o su pérdida, si es resolutoria; en tanto que el cargo no impide la adquisición del derecho ni su ejercicio Art. 558, y por regla general sólo crea en el beneficiado la obligación de ejecutarlo. Como se decía en Derecho Romano, la condición suspende pero no fuerza; el modo fuerza pero no suspende. Por lo demás nada obsta a que el cargo sea puesto como condición, pero en la duda de si una disposición testamentaria es modal o condicional, se tiene por lo primero. (53)

Los cargos se crean, ya para favorecer a un tercero, ya en beneficio del mismo testador, como si mandase construir una bóveda para la guarda -- de sus restos o decir misas en sufragio de su alma. Se nos presentan, además, bajo dos formas distintas; unas veces constituyendo la parte principal, la causa final de la disposición, y entonces el legado queda como accesorio, porque es simplemente el medio de que se vale el causante para -- alcanzar el objeto deseado. La persona, por ejemplo, que quiere dejar una suma de dinero a fin de que se realicen trabajos científicos u obras de -- beneficencia, tendría que fundar una persona jurídica con capacidad de -- recibir lo que es muy complicado; prefiere entonces legar ciertos valores a un individuo de su confianza, imponiéndole la obligación de aplicar el -- capital a las rentas a satisfacer aquellos propósitos. Aquí el legado se -

(53) Luis F. Uribe. Obra citada. Pág. 241.

ha hecho para la carga, es un accesorio de ella. Otras veces el legado es lo principal y el modo no representa sino una disminución, una detracción - para favorecer a un tercero. Si entre los bienes de la herencia no hay dinero efectivo y el causante no desea que se desmembre alguna propiedad, la pone en cabeza del legatario, obligándole a entregar determinada suma al - beneficiario de la carga. También se usa para establecer rentas vitalicias, y es muy general.

Esta figura del cargo en las disposiciones testamentarias, produce -- efectos distintos dentro de cada situación. Hay que desechar entonces cualquier teoría que imparte una generalización y resolver cada caso de acuerdo con lo que él pide. En derecho, el amor a la simetría produce los mayores inconvenientes. El sentimiento jurídico corre de una manera aparentemente arbitraria, como las aguas de un arroyo, que van haciendo curvas y retrocesos, pero es porque se adaptan a la configuración del terreno. La naturaleza, no ha producido ríos en línea recta, ni paralelos uno a otros.

Hemos querido transcribir esta parte de la doctrina general que corresponde al modo, porque la encontramos muy clara; pero en cambio la aplicación en nuestro Derecho Civil es distinta a la del Derecho Argentino y otros derechos. (54)

En el Derecho Argentino, el tercero beneficiado por el modo o carga - de un heredero para exigir el pago de la suma indicada por el testador y -

(54) Luis F. Uribe. Obra citada. Pág. 242.

el incumplimiento de la carga o modo no acarrea la resolución de la institución.

Por el contrario, entre nosotros, esta institución se menciona en el Artículo 1361 del Código Civil vigente, que establece que la carga de hacer alguna cosa se considera como condición resolutoria.

En consecuencia, esto significa que, de no cumplirse con esa carga o modo, se resuelve la institución de heredero o legatario, deja de surtir efectos esa institución de heredero o legatario.

Son aplicables a este mismo caso de condición resolutoria, que es en lo que consiste el modo, o carga, las disposiciones del Artículo 1351, por lo que toca al caso en que no se haya señalado por el testador un plazo fijo para el cumplimiento de la condición. (55)

La institución de heredero puede ser hecha en forma PURA o BAJO CONDI-  
CION. En la primera se producen todos los efectos cuando la sucesión SE --  
CAUSA. En la segunda quedan subordinados a la realización de la modalidad.

En nuestro derecho no existe, empero, institución a TERMINO: en el -  
Derecho Romano se habló del DIES CEDIT y del DIES VENIT: CEDER el día: el -  
derecho se había causado, había nacido VENIR el día, la efectividad del --  
derecho se realizaba con todas sus consecuencias. (56)

En nuestro derecho si bien "el testador es libre para establecer con-  
diciones al disponer de sus bienes "Art. 1344", la designación de día en -  
que deba comenzar o cesar la institución de heredero, se tendrá por no ---

(55) Luis F. Uribe, Ob. Cit. Pág. 242.

(56) Antonio de Ibarrola, Cosas y Sucesiones, Séptima Edición, Editorial --  
Porrúa, S.A. México 1991, Pág. 785.

puesta "Art. 1380". Remontémonos a Papiano, quien escribe en los siguientes términos:

En nuestro derecho existe la imposibilidad jurídica, por lo tanto, de afectar a un término la institución de heredero: si se hace tal institución, surtirá sus efectos como si fuera pura y simple.

Opina RUGGIERO que como el heredero continúa y representa la personalidad jurídica del difunto, la sociedad no consiente que se asuma la calidad de heredero temporalmente, ni que haya solución de continuidad entre la muerte del causante y el SUB-ENTRAR del heredero, del sucesor. La calidad de heredero, una vez asumida, no puede perderse: SEMEL HERES, SEMPER--HERES: heredero una vez, heredero siempre. Recordemos la máxima de Derecho Político canadiense Once Senator, Always Senator. (57)

Sin embargo, como nos explica Rogina Villegas, sólo por razones de -- tipo tradicional se sigue consagrande en los Códigos la prohibición de -- sujetar la institución de heredero a un término suspensivo o extintivo, -- pues la técnica jurídica puede solucionar el caso, sin que la herencia ---- permanezca temporalmente sin titular: pasando el término, se abrirá la su cesión legítima y concluirá el usufructo del heredero. Tratándose de térmi no suspensivo, se abrirá la sucesión legítima para que entre tanto el usu-fructo corresponda a los herederos por disposición de la ley.

Institución pura, los derechos del testador se transmiten desde el --

momento en que se causa la herencia: coinciden el DIES CEDIT y el DIES ---  
VENIT.

El legatario adquiere la expectativa a obtener el legado por regla ge  
neral este día coincide con la muerte del testador. El punto y la hora en  
que el derecho, potencial y latente, engendra un derecho patrimonial, rea  
lizable de presente e inter vivos: bien sea la propiedad, una servidumbre, -  
un crédito.

Institución condicional, "El testador es libre para establecer condi  
ciones al disponer de sus bienes" artículo 1344.

Una condición perfectamente jurídica y extraordinariamente interesan  
te es aquella de que habla, no sin gran ingenuidad. "El estado no podrá, -  
en ningún caso ni bajo ningún pretexto, ocupar los bienes que pertenezcan  
a las instituciones de asistencia privada, ni celebrar respecto de esos --  
bienes contrato alguno, sustituyéndose a los patronatos de las mismas ins  
tituciones. La contravención de este precepto por el Gobierno, dará dere--  
cho a los fundadores para disponer, en vida, de los bienes destinados por  
ellos a las instituciones. Los testadores podrán establecer en su TESTAMEN  
TO la condición de que si el Estado infringe este precepto, pasarán los --  
bienes a sus herederos". (58)

Dicen algunos romanistas que "en el lenguaje Justiniano se da el nom  
bre de "modus" a una cláusula de un negocio jurídico a título gratuito, --

(58) Antonio de Ibarrola. Obra citada. Pág. 787.

con la cual al destinatario de una liberalidad se le impone un cierto comportamiento".(59) Otros autores destacan la idea de peso o carga, manteniendo siempre el requisito de que dicha carga se imponga al favorecido -- con una liberalidad. También los hay que consideran al "modus" como un --- cierto fin que el disponente trata de conseguir a través de lo dispuesto.

Estas definiciones ponen de manifiesto que en Derecho Romano el campo de aplicación del modo se reducirá a las liberalidades. En algunas épocas se han interpretado los textos romanos en el sentido de admitir la aplicación del "modus" también en los contratos onerosos; pero tal interpreta--- ción ha sido sometida a numerosas críticas y la generalidad de la doctri--- na, se señala en las definiciones anteriores que el modo implica un cierto comportamiento, peso o carga para el gravado. Tal comportamiento podía entrañar un sacrificio patrimonial, pero esto no era esencial y en numerosos textos aparecen ejemplos de "modus" que no imponían al gravado un sacrifi--- cio económico. (59)

No parece que el modo se debiera cumplir necesariamente con lo dejado o dado por el disponente o donante; también podía consistir en una pres--- tación que se hubiera de ejecutar con bienes existentes ya en el patrimo--- nio del favorecido con la liberalidad. Sin embargo, en todo caso, el fun--- damento del modo se encontraría en la liberalidad.

Es verdad que el "modus" es un fin que se trata de conseguir a través de la liberalidad, pero este fin no siempre es accesorio, sino que, en muchos textos romanos, aparece, como fin principal de la disposición, el --- "modus", y como secundario, el beneficio del favorecido con la liberali---

(59) Orenco-Vicente Torralba Soriano. El Modo en el Derecho Civil. Segunda Edición. Editorial Montecorvo. Madrid 1967. Pág. 43.

dad.

Se puede decir que el "modus" era en Derecho Romano el comportamien--  
to, peso o carga de carácter patrimonial o no, que, impuesto por el autor--  
de una liberalidad al favorecido con ella, debía en ocasiones ser cumplido  
con los medios económicos recibidos y otras con los ya existentes en el pa  
trimonio del favorecido, apareciendo una veces como fin secundario y otras  
como fin principal de la disposición. (60)

(60) Orencio-Vicente Torralba Soriano. Obra citada. Pág. 44

## CAPITULO TERCERO.

## CLASIFICACION DE LOS TESTAMENTOS EN NUESTRO SISTEMA JURIDICO

## EN CUANTO A SU FORMA: ORDINARIOS Y ESPECIALES.

En los primeros testamentos concurren las formalidades ORDINARIOS, y en los segundos las que son EXTRAORDINARIAS o ESPECIALES.

Artículo 1500, "El ordinario puede ser: Público Abierto, Público Cerrado, Ológrafo, y hoy en día Público Simplificado". Artículo 1501, "El especial puede ser: Privado, Militar, Marítimo, y hecho en país extranjero.

Todo testamento ordinario en nuestro derecho se hace por escrito. No se conoce ya el testamento verbal o nuncupativo, que antaño se practicaba, y que fue prohibido en Francia por la Ordenanza de 1735, artículo 10. No comprende este problema el diverso de probar por testigos el contenido y la destrucción de un testamento, prohibición del testamento verbal. (61)

Esta clasificación es por la solemnidad externa, pues la solemnidad interna fue suprimida por el ordenamiento de Alcalá.

En realidad esta clasificación no solamente se debe a la forma del testamento, sino que, y principalmente a otras dos características de gran de importancia. (62)

Aparte de que efectivamente en los testamentos ordinarios se requiere mayor número de solemnidades y en los especiales menos, en los primeros en

(61) Antonio de Ibarrola, Ob. Cit. Pág. 697.

(62) Luis F. Uribe, Oc. Cit. Pág. 174.



contramos como característica de mucha importancia que tienen una duración indefinida, mientras que en los segundos, solamente tienen una duración de treinta años, contados a partir de que cesa la emergencia que les dio origen; y en segundo lugar, que precisamente los de la primera categoría se otorgan en circunstancias normales y por esta razón se revisten de mayores solemnidades, mientras que los segundos solamente se pueden otorgar en una especial situación de emergencia, como veremos al tratar de estos testamentos especiales.

Estas características se refieren a los tres primeros testamentos llamados especiales o sean el privado, el militar y el marítimo que, en realidad, son testamentos especiales y no al cuarto que es el testamento hecho en país extranjero. A nuestro juicio, éste no queda incluido en esta clasificación porque no se trata de un testamento especial, ya que no reúne estas características. (63)

Al comentar también particularmente este último testamento, nos referiremos más ampliamente a estas aclaraciones.

También pueden catalogarse los testamentos en general, en cuanto a su forma, en testamento otorgados ante Notario y aquellos que no requieren la intervención del Notario.

Los testamentos que requieren la intervención del Notario son: el público Abierto y el Público Cerrado; actualmente el Público Simplificado, - el cual es objeto de nuestra crítica y que en su oportunidad nos desplaza-

remos en nuestro comentario.

Los que no requieren intervención de Notario son el Ológrafo, el Privado, el Militar y el Marítimo.

No mencionamos en ninguna de estas clases al hecho en país extranjero, porque este testamento debe otorgarse de acuerdo con la ley del país en que se otorga y siguiendo, entonces las formalidades exigidas por esa propia ley. (64)

### 3.1 TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO.

En legislación comparada se le denomina testamento público NOTARIAL.- Notemos que algunas legislaciones, en determinados casos, admiten testamento ante un juez, ante un eclesiástico o ante un simple abogado.

El testamento es público porque se hace la declaración de voluntad en un INSTRUMENTO PUBLICO.

Es ABIERTO porque la voluntad del TESTADOR es conocida tanto del NOTARIO como de los TESTIGOS. El notario es discreto ....¿lo serán los testigos?... (65)

Este testamento es el más usado entre nosotros.

Se llama público porque se otorga ante Notario y, por tanto es un instrumento público que, además de estar hecho ante la fé del Notario, ---

(64) Luis F. Uribe. Ob. Cit. Pág. 175

(65) Antonio de Ibarrola. Ob. Cit. Pág. 707

requiere como mínimo la concurrencia de tres testigos idóneos y en casos especiales mayor número, como explicaremos más adelante. (Hoy si el notario conoce a el testador o si este tiene cédula profesional no se necesitan testigos).

Y se llama Abierto porque precisamente se otorga en el Protocolo del Notario, en presencia de los testigos que escuchan la voluntad del testador y en escritura que, conservándose en el protocolo (hoy folios), del Notario queda archivado en el Archivo General de Notarias y, por tanto, puede ser consultado por cualquier interesado, (pasados cinco años según la Ley del Notariado).

Independientemente de los requisitos que son comunes a todos los testamentos y que ya hemos visto este testamento se otorga de la siguiente manera: el testador, de viva voz, expresa en forma clara y terminante, ante el Notario y en presencia de tres testigos (hoy dos), su última voluntad.

El Notario es quien debe redactar, por escrito, las cláusulas del testamento, sujetándose a la voluntad del testador y terminada la redacción de las cláusulas las deberá leer el mismo Notario en voz alta, para que el testador manifieste su entera conformidad y, de ser así, se firme en el protocolo por el testador, los testigos y el propio Notario, haciéndose constar las especiales circunstancias del lugar, año, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado. (66)

Tan pronto como se promulgó el Código Civil vigente, se discutió la validez de los testamentos que no habían sido materialmente redactados del

puño y letra del Notario, en vista de que el Artículo 1512, así lo dispone.

Naturalmente que deben firmar todos los testigos y sólo que alguno no sepa hacerlo o no pueda, lo hará otro a su nombre, pero cuando menos debe contener la firma de dos testigos.

Lo mismo sucede en el caso de que el testador no sepa escribir, en cuyo caso firmará también otro testigo más a ruego del testador, salvo el caso de que sea verdaderamente urgente y no se encuentre otro testigo, en cuyo caso bastará la firma de los testigos instrumentales y haciendo constar la circunstancia de que uno de ellos firma a nombre del testador.

Este testamento también puede hacerlo los sordos y los ciegos.

En el primer caso, si se trata de una persona sorda, pero que sabe leer, el propio testador dará lectura, por sí mismo, a su testamento y si no supiere leer designará a una persona de su confianza que lo haga en su nombre. (67)

Cuando el testador sea ciego, entonces se hará dos veces la lectura del testamento, una por el Notario y otra por uno de los testigos o persona que designe el testador.

Finalmente, cuando se trate de extranjero que no conozca el idioma de nuestro país, el testador deberá escribir, de su puño y letra, el testamento y una vez traducido al español por dos intérpretes, la traducción se transcribirá en el Protocolo, archivándose el original escrito en el propio idioma del testador en el Apéndice correspondiente del Notario. Y ---

cuando el extranjero no sepa escribir o no pueda escribir será uno de los intérpretes quien escribe el testamento y una vez que se apruebe, después de haberlo escuchado y traducido por el intérprete, se procederá en la --- forma indicada.

Finalmente si el testador no puede o no sabe leer, dictará en su idioma el testamento a uno de los intérpretes y traducido por ambos se procederá como ya se ha dicho.

Como hemos insistido en varias ocasiones, el testamento es un acto -- solemne, de suerte que si falta alguna de las formalidades, tanto las generales como hemos expuesto en el párrafo anterior, como alguna de las --- particulares, según el caso concreto de que se trate, el testamento queda sin efecto, es decir, queda viciado de nulidad absoluta, independientemente de que la ley también sanciona la irregularidad, haciendo responsable - al Notario de los daños y perjuicios y, además, con la pena de pérdida - de oficio. (68)

En relación con este último párrafo, notemos las obligaciones numerosas que el derecho sucesorio impone a terceros: al notario, al registra--- dor, a los testigos, a las personas que conservan en depósito algún testamento, etc. Muchas de esas obligaciones a cargos de TERCEROS nacen una vez fallecido el testador: otras, en cambio, como lo que acabamos de transcribir, nacen antes del fallecimiento.

Ventajas del Testamento Público Abierto.

Examinémoslas someramente:

a) La primera de ellas es que lo pueden otorgar quienes no saben ---

leer o escribir: "si el testador no pudiese o no supiere escribir, inter-- vendrá otro testigo más, que firme a su ruego". "En caso de extrema urgen-- cia y no pudiendo ser llamado otro testigo, firmará por el testador uno de los instrumentales, haciéndose constar esta circunstancia".

b) Tiene todas las garantías que al caso presta la competencia probi-- dad y la responsabilidad del NOTARIO.

c) Tiene toda la fuerza probatoria de los DOCUMENTOS AUTENTICOS. (69)

### 3.2. TESTAMENTO PUBLICO CERRADO.

El testamento público cerrado se llama también místico o secreto: lo-- es como el ológrafo.

Tiene la garantía de que el notario y los testigos reciben la última-- voluntad de un PLIEGO CERRADO, y por ende la desconocen.

No lo admiten ALEMANIA, SUIZA y los derechos inglés y anglosajón, con notaria INCONGRUENCIA.

Es el fono la declaración secreta de voluntad en un documento privado que "puede ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego, y -- en papel común" artículo 1521 del Código Civil vigente. (70)

En cuanti a la CAPACIDAD, recordemos que "los que no saben o no pue-- den leer, son inhábiles para hacer testamento cerrado" artículo 1530 del --

(69) Luis F. Uribe. Ob. Cit. Pág. 180

(70) Antonio de Ibarrola. Ob. Cit. Pág. 708

Código Civil vigente, evidentemente los que no pueden leer no pueden comprobar por sí mismos la exactitud de su declaración.

Este testamento se caracteriza, porque las solemnidades especiales de que están revestidos todos los testamentos en este caso concreto, se tienen que realizar en dos ocasiones: primeramente cuando se otorga el testamento y en segundo lugar cuando se abre.

También como lo indica el nombre de esta clase de testamentos, se llama público, porque aunque se otorgan en papel privado, la validez del testamento está sujeta al depósito del mismo testamento ante Notario, acto del cual se tira una escritura y por esta razón tiene el carácter de instrumento público. (71)

Se denomina cerrado, porque se otorga en papel común que se pone en un sobre y ya cerrado éste, se verifica el acto de depósito, como adelante explicaremos.

Este testamento se hace por el testador de su puño y letra, rubricando todas las hojas y firmando al calce y si no pudiere o no supiere hacerlo el testador, lo hará obra persona a su ruego. (72)

Hecho en esta forma el testamento, se debe colocar en un sobre cerrado y presentarse entonces, personalmente el testador y además la persona que lo escribió a su ruego, cuando sea el caso, acompañado de tres tes-

(71) Antonio de Ibarrola. Ob. Cit. Págs. 711 y 712

(72) Luis F. Uribe. Ob. Cit. Pág. 180.

tigos para que, en presencia del Notario se cierre y se selle.

El notario, enseguida, levantará acta en su protocolo en la que se hará constar que se presentó ese sobre en presencia del testador y de los -- testigos, especificando que el testador declara que ese pliego está contenido su última voluntad.

El sobre será firmado por todas las personas que intervienen o sea -- el Notario, los testigos y el propio testador y, además, sellado.

Cuando algún testigo no sepa firmar, se seguirán las reglas que se -- han fijado para el Testamento Público Abierto; solamente se varían estas -- reglas en el caso de que el testador no supiera firmar, porque entonces -- se requiere que otra persona adicional a los testigos lo haga a su nombre.

Sin embargo, esta última disposición resulta inútil porque el Artículo 1529 del Código Civil, vuelve a aclarar, que en los casos de usma urgencia puede firmar uno de los propios testigos. (73)

Como este testamento se presenta en sobre cerrado, naturalmente no -- pueden hacerlo los que no saben o no pueden leer.

El sordo mudo sí puede hacer este testamento siempre que esté escrito de su puño y letra, fechado y firmado por él mismo y que se presente entonces ante el Notario con cinco testigos.

Con mayoría de razón puede hacer también este testamento el que sea -- sólo mudo o sólo sordo, en cuyo caso, de preferencia debe hacerse de puño -- y letra del testador, y si no puede escribir está permitido que otro lo -- haga a su ruego, pero sí firmando personalmente el propio testador y ha--



ciendo constar todas estas circunstancias.

Una vez levantada el acta en el protocolo del Notario en la que se --  
hago constar que el testamento que consta en el pliego común y en sobre --  
cerrado y autorizado y que se haga constar con todo detalle las circunstan-  
cias en que se otorga, el lugar, la fecha, día, mes y año y que el testa-  
dor se encontraba en su cabal juicio y que firmen todos los concurrentes, --  
el sobre conteniendo el testamento puede conservarlo en su poder el testa-  
dor o darlo en guarda a cualquiera persona de su confianza, o según el Ar-  
tículo 1537 del Código Civil vigente, depositarlo en el Archivo Judicial.

Si el testador desea depositar su testamento, se presentará ante el -  
Archivo Judicial, quien asentará esta circunstancia en el libro especial, --  
hoy folio, que debe llevar para este efecto, entregando al testador copia-  
autorizada del acta que se levante al respecto. (74)

#### Apertura y protocolización del testamento.

Dice el artículo 1542, "Luego que el juez reciba un testamento cerra-  
do, hará comparecer al notario, y a los testigos que concurrieron a su ---  
otorgamiento". (75)

Artículo 1543, "El testamento cerrado no podrá ser abierto, sino des-  
pués que el notario y los testigos instrumentales hayan reconcido ante el-  
juez sus firmas, y la del testador o la de la persona que por éste hubiere  
firmado, y hayan declarado si en su concepto está cerrado y sellado como -  
lo estaba en el acto de le entrega". Recordamos al respecto el sobresalto  
del inolvidable Notario Rogerio R. Pacheco cuando en una diligencia de ---

(74) Luis F. Uribe. Ob. Cit. Pág. 181 y 182.

(75) Antonio de Ibarrola. Ob. Cit. Pág. 714 y siguiente.

apertura de testamento, el juez, distraídamente, y siguiendo la técnica -- apta para un pliego de posiciones, iba a introducir en el instrumento la plegadera, de buenas a primeras, antes de que se cumplieran estas solemnidades.

Artículo 1544, "Si no pudieren comparecer todos los testigos por ---- muerte, enfermedad o ausencia, bastará el reconocimiento de la mayor parte y el del notario".

Artículo 1545, "Si por iguales causas no pudieren comparecer el notario, la mayor parte de los testigos o ninguno de ellos, el juez lo hará - constar así por información, como también la legitimidad de las firmas y - que en la fecha que lleva el testamento se encontraban aquéllas en el lugar en que éste se otorgó".

Artículo 1546, "En todo caso, los que comparecieron reconocerán sus firmas".

Cumplido lo anterior, "el juez decretará la publicación y protocolización del testamento".

Avisos que debe dar el notario en casos de Testamento Público.

Dice el artículo 1508, "El notario que hubiere autorizado el testamento, debe dar aviso a los interesados luego que sepa de la muerte del testador. Si no lo hace, es responsable de los daños y perjuicios que la dilación ocasione. "Esto se observará también "para cualquiera que tenga en su poder el testamento". (76)

Artículo 1509, "Si los interesados están ausentes o son desconocidos, la noticia se dará al juez". Art. 1510.

(76) Antonio de Ibarrola. Ob. Cit. Pág. 715.

Ello es una vez ocurrida la muerte del autor de la herencia; pero --- el artículo 80 de la Ley del Notariado de 8 de enero de 1980, expresa que --- "siempre que se otorgue un Testamento Público Abierto o Cerrado, el Notario dará de inmediato aviso a la Sección del Archivo de Notarias de la Dirección General de Notarias de la Dirección General del Registro Público de la Propiedad, expresando la fecha....Si el testamento fuere cerrado, --- se expresará, además, la persona en cuyo poder se depósito o el lugar en --- que se haga el depósito....", etc.

También en su caso deberá darse aviso a la junta de asistencia privada. (77)

### 3.3. TESTAMENTO OLOGRAFO.

Como dijimos al hablar de la capacidad de ejercicio en el Derecho --- Hereditario, este testamento constituye una excepción a la regla general --- la capacidad de ejercicio o sea la capacidad de otorgar testamento, en --- cuanto a que es requisito indispensable para que puedan hacer este testa--- mento, solamente las personas que hayan cumplido dieciocho años y no como--- en todos los otros testamentos, que se pueden hacer por quienes hayan cum--- plido solamente dieciséis años. (78)

Se llama ológrafo porque debe ser escrito por el puño y letra del --- testador y, por tanto, no puede hacerse por quien no sabe escribir.

El extranjero puede hacerlo pero en su propio idioma. .

(77) Antonio de Ibarrola. Ob. Cit. Pág. 715.

(78) Luis F. Uribe. Ob. Cit. Pág. 182.

Característica también especial de este testamento, es que debe hacerse por duplicado.

Hechos los dos ejemplares del testamento, el testador debe también -- imprimir en cada ejemplar su huella digital.

Estos ejemplares se colocan cada uno en un sobre cerrado y lacrado y se presenta según el Artículo 1553 del Código Civil al Director del Registro Público.

El depósito de este testamento también debe hacerse personalmente por el testador y se caracteriza porque en este testamento no se requiere la -- intervención de testigos, salvo el caso de que el testador no sea conocido por el Director del Registro Público de la Propiedad, en cuyo caso, los -- testigos tienen por objeto la identificación del testador; pero siendo éste conocido de dicho funcionario no es necesario la intervención de ningún testigo. (79)

Al presentarse ante el Director del Registro Público de la Propiedad, el sobre que contiene el testamento original, el testador de su propio puño y letra debe poner la siguiente constancia: "Dentro de este sobre se -- contiene mi testamento".

En seguida se expresarán todas las circunstancias de lugar, fecha en que se haga el depósito, firmando al calce de esta constancia el testador y el Director del Registro Público de la Propiedad, y naturalmente, si intervienen testigos de identificación, también éstos deberán firmar.

En el sobre que contiene el duplicado del testamento, deberá también -- ponerse la siguiente constancia: "Recibí un pliego cerrado que el señor...

afirma contiene original de su testamento ológrafo, del cual según afirmación del mismo señor existe dentro de este sobre un duplicado".

Igualmente, después de esta constancia, debe precisarse el lugar y la fecha en que se extiende y firmarlo por el testador, el encargado de la oficina y los testigos de identificación, si intervinieren.

La presentación de este testamento tiene que hacerse personalmente por el testador.

De suerte que si está imposibilitado para ir a la oficina respectiva, el Director del Registro Público de la Propiedad debe trasladarse al domicilio del testador.

En cambio, si puede retirarse este testamento por medio de poder especial y solemne, es decir, otorgado ante notario, en el que se haga constar expresa y concretamente el objeto del mandato.

Este testamento también como el público cerrado debe abrirse sólo ante el juez que conozca del juicio sucesorio.

Si el original depositado hubiere sido destruido o robado, puede declararse como formal testamento el duplicado; pero siempre será requisito esencial que el testamento que se declare válido, al ser presentado ante el juez, se encuentre sin ningún signo aparente de que haya sido abierto o violado. (80)

Muchos autores abjetan el testamento ológrafo:

A) Porque se presta a la falsedad y al fraude. Habla Planiol, de que se hacen más fáciles la sugestión y la captación y permite falsificaciones

(80) Luis F. Uribe. Ob. Cit. Pág. 183.

sobre las cuales los peritos están muy distantes de poder opinar con certeza.

B) Porque no deben otorgarse facilidades en detrimento de las garantías que deben tener los actos de esta gravedad.

#### TESTAMENTOS ESPECIALES.

Como dijimos más arriba, la ley menciona cuatro clases de testamentos, a saber: el privado, el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero.

A nuestro juicio solamente deben considerarse como testamentos los tres primeros.

Por el contrario, los testamentos que a nuestro juicio son especiales o sean los tres primeramente citados, tienen características comunes que los distinguen claramente como tales y los diferencias además de los testamentos ordinarios. (81)

Estas características consisten, en que sólo se motiva su otorgamiento por un caso esencial de emergencia previsto especialmente por la ley y, en segundo lugar, que caducan al mes después de que desaparece la emergencia que los motivó. (82)

Como analizaremos también en el capítulo relativo a la caducidad en general en el Derecho Hereditario, a nuestro juicio, este caso de los testamentos especiales es el único en realidad de caducidad en el Derecho ---

(81) Antonio de Ibarrola. Ob. Cit. Págs. 701 y 702.

(82) Luis F. Uribe. Ob. Cit. Pág. 184.

Hereditario.

Efectivamente, a nuestro parecer, la caducidad es una institución --- que consiste en la extinción de un derecho por el transcurso de un tiempo determinado, generalmente corto y que a diferencia de la prescripción negativa no se interrumpe ni se suspende.

Es justamente lo que acontece con estos testamentos especiales.

En los tres primeros casos citados de estos testamentos, transcu---- rrido un mes de que cesa la emergencia, si el autor de la sucesión no muere durante dicha emergencia o un mes después de que cesa, el testamento -- caduca, es decir, deja de surtir efectos y no puede convalidarse ni rati-- ficarse sino que, en este supuesto, el testador debe hacer otro testamen-- to ordinario, si ya no existe ninguna emergencia que le impida celebrar -- este otro, con las solemnidades especiales para esta clase de testamentos-- o, si se encuentra en otra emergencia, hacer otro testamento especial que-- vuelve otra vez a quedar sujeto a este caso especial de caducidad, o sea-- que se terminan totalmente sus efectos al mes después de que cesa la emer-- gencia que lo motiva. (83)

Además, como se trata precisamente de testamentos que se deben otor-- gar por una emergencia, el legislador ha limitado las solemnidades al míni mo, pero esto no quiere decir que el testamento especial deje de ser un-- acto solemne.

Un testamento, como ya dijimos, es siempre un acto solemne.

En los testamentos especiales las solemnidades especiales se reducen-

(83) Luis F. Uribe. Ob. Cit. Pág. 184.

al mínimo, pero de todas maneras por pocas o poquísimas que sean, siguen - siendo solemnidades esenciales ab substantiam, de suerte que, de no reunirse todas ellas, el testamento también queda viciado de nulidad absoluta.

Ya el Derecho Romano conoció formas testamentarias de excepción que - pretendían servir a las especiales circunstancias de casos particulares, - estos es, que habían sido previstas para aquellos casos en los cuales las - formas ordinarias no eran suficientes o no podían ser cumplidas. (84)

#### 3.4. TESTAMENTO PRIVADO.

Como hemos dicho este testamento, es uno de los especiales, se motiva solamente en un caso de emergencia.

A este respecto el Artículo 1565 del Código Civil vigente dice: "El - testamento privado está permitido en los casos siguientes:

I. - Cuando el testador es atacado de una enfermedad tan violenta y - grave que no dé tiempo para que concurra ante notario a hacer el testamen- to.

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 imposi- ble, o por lo menos muy difícil, que concurran al otorgamiento del testa- mento. (85)

(84) Luis F. Uribe. Ob. Cit. Pág. 185.

(85) Antonio de Ibarrola, Ob. Cit. Pág. 717.



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

La fracción IV de este precepto en realidad, a nuestro juicio es un error, porque la ley dedica a continuación un capítulo especial al testamento militar y precisamente comprende esa causa que se menciona en esta fracción.

Por lo tanto, cuando se trata de un militar o asimilado que hace su testamento al entrar en campaña o estando herido sobre el campo de batalla, ese testamento, por más que se incluya en esta fracción IV, no es un testamento privado, sino un testamento militar ya que, como veremos en el capítulo siguiente, éste tiene mayores facilidades que el testamento privado. (86)

En el capítulo relativo a éste testamento, la ley incluye otro precepto en el que establece que para que sea válido el testamento privado es necesario que el testador esté en la imposibilidad de hacer testamento ológrafo.

La ley tiene obligación de facilitar, dentro de una garantía adecuada, la expresión de la última voluntad de cualquier persona. Recordemos al efecto en nuestra antigua legislación el testamento de rústicos. Se hacía en presencia de cinco testigos en lugar de siete, si no podía haber este número en el lugar, y si solo uno de los testigos supiere firmar, podía hacer por sí y por todos los otros; pero este testamento no podía ser reservado, sino que "lo deben hacer paladinamente ante los testigos que se

(86) Luis F. Uribe. Ob. Cit. Pág. 185.

acertaren hi, porque non pueda ser fecho en el ningún engaño".

En las Partidas eran testamentos especiales por PRIVILEGIO, el del militar; el del padre entre sus hijos, el del aldeano y el otorgado ante el rey.

Igual que en otros casos, vuelve a cometer el legislador un error, al exigir primero como requisito para que sea válido el testamento privado, que la última voluntad del testador se declara ante cinco testigos, pero que en los casos de suma emergencia basten tres.

De todas maneras la regla general, según la ley vigente, es que debe redactarse el testamento por escrito si el propio testador lo puede hacer o si no, debe hacerlo uno de los testigos y en último extremo, si ninguno sabe escribir, inclusive es válido el solo dicho verbal del testador, en presencia de los tres testigos. (87)

Como ya dijimos, también es característica para éste y todos los testamentos especiales, que sólo surte sus efectos si el testador fallece de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba, es decir, en la emergencia que motivó el otorgamiento de este testamento especial o dentro de unas después de que cesó la emergencia. (88)

De todas maneras, aún cuando las solemnidades son las mínimas y como ya se trata de un testamento, es un acto solemne, según ya dijimos.

El Código en su artículo 1574, establece que: "Los testigos que concurren a un testamento privado, deberán declarar circunstancialmente, sin omitir ninguna circunstancia o particularidad". El error se contiene en -

(87) Antonio de Ibarrola. Ob. Cit. Pág. 718.

(88) Luis F. Uribe. Ob. Cit. Pág. 185.

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

la edición oficial del Código.

"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 cual se otorgó testamento privado.

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

Los artículos 1577 y 1578 nos dicen, además, que bastarán también, en  
caso de ausencia, tres testigos "siempre que en la falta de comparecencia-  
del testigo no hubiere dolo. Sabiendose el lugar donde se hallan los tes--  
tigos, serán examinados por exhorto". (89)

### 3.5 TESTAMENTO MILITAR.

Este testamento, que también es especial pueden hacerlo solamente el-  
militar o el asimilado del ejército en el momento de entrar en acción de -  
guerra, estando herido sobre el campo de batalla o, finalmente, los prisio-  
neros de guerra. (90)

En nuestro derecho:

No basta ser militar para otorgar esa clase de testamentos. Se nece--

(89)Luis F. Uribe. Ob. Cit. Pág. 186.

(90)Antonio de Ibarrola. Ob. Cit. Pág. 724.

sita que se hagan "en el momento de entrar en acción de guerra o estando herido sobre el campo de batalla" artículo 1579 del Código Civil, tampoco es necesario ser militar para gozar del privilegio. La ley de Retiros y pensiones, en su artículo 4, "...entiende por militares a los miembros del Ejército, de la Fuerza Aérea y de la Armada de México". Aun no figurando en la lista, basta tan sólo ser asimilado a dichos cuerpos, como sucede en el caso de los rehenes, los corresponsales de prensa, fotógrafos de los noticieros, etc. Notemos, por lo tanto, que no podrían aplicarse al militar todas las correspondientes ventajas fuera de campaña.

Por su naturaleza este testamento, que también es solemne, como todos los testamentos, es válido con tal de que el testador declare su voluntad en presencia de sólo dos testigos, ya sea que entregue a estos testigos el testador su última voluntad en pliego cerrado, firmado de su puño y letra o, en último extremo, que verbalmente declare ante estos dos testigos su última voluntad. (91)

La característica de este testamento es que, al conocerse la muerte del testador, los testigos que han recibido el pliego, deben entregarlo inmediatamente al jefe de la corporación, quien lo remitirá al ministerio de la guerra y éste a la autoridad judicial que conozca del juicio sucesorio correspondiente. (92)

Y si está otorgado de palabra, los testigos igualmente declararán ante el propio jefe de la corporación quien, a su vez, lo hará saber al Ministerio de la guerra y éste a la autoridad judicial competente, para que-

(91) Luis F. Uribe. Ob. Cit. Págs. 187, 724 y Sigts.

(92) Antonio de Ibarrola. Ob. Cit. Pág. 731.

el juez en este caso reciba el dicho de los mencionados testigos en la --- misma forma que exige para el testamento privado.

### 3.6. TESTAMENTO MARITIMO.

Es también un testamento especial porque solamente es válido si se -- otorga igualmente en una emergencia, a saber: encontrándose en alta mar a -- bordo de navíos de guerra o mercantes, pero de la Marina Nacional y, por -- tanto, sin que se tenga la posibilidad de hacer un testamento ordinario -- por la falta de notario o la imposibilidad de depositar el testamento ante el Director del Registro Público de la Propiedad. (93)

En este caso, el testamento marítimo se hace por escrito y sólo en -- presencia de dos testigos y del capitán del navío, dándosele lectura, fe-- chándolo y firmándolo conforme a los requisitos establecidos para el Tes-- tamento Público Abierto ya que, en este supuesto, el legislador considera-- que el capitán de navío hace las veces de notario. (94)

El marítimo pueden otorgarlo los que se encuentran en altamar "a bor-- do de navíos de la Marina Nacional, sea de guerra o mercante....". No -- basta, pues, haber entrado en la nave: debe ella encontrarse en ALTAMAR, -- lugar en donde no hay notario para solemnizarlo artículo 1583 del Código -- Civil vigente.

Explica el artículo 1587, "Si el buque arribase a un puerto en que --

(93) Luis F. Uribe. Ob. Cit. Pág. 188.

(94) Antonio de Ibarrola. Ob. Cit. Pág. 728.

haya agente diplomático, cónsul o vicecónsul mexicanos, el capitán depositará en su poder uno de los ejemplares del testamento fechado y sellado, - con una copia de la nota que debe constar en el diario de la embarcación". Artículo 1588, "arribando ésta a territorio mexicano, se entregará el otro ejemplar, o ambos, si no se dejó alguno en otra parte, a la autoridad marítima del lugar, en la forma señalada en el artículo anterior". Artículo -- 1589, "En cualesquiera de los casos mencionados en los dos artículos precedentes, el capitán de la embarcación exigirá recibo de entrega y lo citará por nota en el diario". Artículo 1590, "Los agentes diplomáticos, cónsules o las autoridades marítimas levantarán, luego que reciban los ejemplares referidos, un acta de la entrega, y la remitirán con los citados -- ejemplares, a la posible brevedad, al Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual hará publicar en los periódicos la noticia de la muerte del testador, para que los interesados promuevan la apertura del testamento". (95)

Sólo surtirá efectos "falleciendo el testador en el mar, o dentro de un mes contado desde su desembarque en algún lugar donde conforme a la ley mexicana o a la extranjera, haya podido ratificar u otorgar de nuevo su -- última disposición" artículo 1591.

### 3.7. TESTAMENTO HECHO EN PAIS EXTRANJERO.

Como ya hemos dicho, este testamento en realidad no es un testamento especial, porque no se trata de un testamento que se otorgue en una emer--

gencia, de suerte que el testador puede ocurrir ante notario o en general, ante los funcionarios que corresponda conforme a la ley del país en que se encuentra, para hacer su testamento válidamente.

Igualmente sostenemos que no se trata especial, porque este testamento no caduca en un plazo corto como los anteriores o sea en un mes después de que cesó la emergencia, sino que, otorgándose conforme a las leyes del lugar en que se encuentre un ciudadano mexicano, es válido y su duración es indefinida o igualmente si se otorga ante un Secretario de Legación, -- Cónsul o Vicecónsul mexicanos, quienes entonces hacen las veces de notario, o encargados del Registro Público de la Propiedad.

En este capítulo, la ley solamente precisa que, los testamentos que se hagan en el extranjero, producirán efecto en el Distrito o Territorios Federales. Hoy solo Distrito Federal, cuando se formulen de acuerdo con -- las leyes del país en que se haya otorgado y como ya dijimos, los Secretarios de Legación, los Cónsules y los Vicecónsules mexicanos hacen las veces de notario o encargados del Registro Público de la Propiedad en el extranjero, naturalmente cuando las disposiciones testamentarias deben tener ejecución en el Distrito Federal. (96)

Naturalmente, cuando se otorga un testamento ante alguno de estos -- funcionarios, deben remitir copia autorizada a la Secretaría de Relaciones Exteriores para que ésta, a su vez, proceda como en el testamento marítimo, o sea, publicado en los periódicos la noticia de la muerte del testador y los interesados puedan promover el correspondiente juicio sucesorio

o bien se haga llegar, por esta Secretaría, a manos de los interesados.

Existencia de un testamento válido, el interesado debe presentar un testamento exteriormente válido para que el juez pueda tener por radicada la sucesión.

La validez del testamento proviene exteriormente de su forma que, como sabemos, puede ser ordinaria y especial.

Cualquiera de estos testamentos da origen al juicio testamentario pero el modo de proceder varía frente a varios de esos documentos in limine processu.

De todo lo anterior se desprende que el reconocimiento de los derechos de los herederos designados por voluntad del testador requiere la verificación previa de la existencia de un testamento válido. La validez del testamento puede surgir ex se del documento mismo o después de haberse satisfecho los requisitos que legalmente se exigen in limine processu.

Los supuestos para que el juez reconozca como herederos a los que estén nombrados por el testador, son dos: que el testamento no sea impugnado o que no se objete la capacidad de los interesados. (97)

El testamento impugnado, sin embargo, no impide que el juez reconozca como herederos a los designados en el, dados los términos del mencionado precepto: se suspenderá únicamente la adjudicación de los bienes en la partición, pues la impugnación se substanciará en el juicio ordinario correspondiente con el albacea o el heredero, respectivamente.

(97) José Becerra Bautista. El Proceso Civil en México. Segunda Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1965, Págs. 443 y 445.



## CAPITULO CUARTO.

4.1 ESTUDIO DEL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO. Las recientes reformas al Código Civil y al Código de Procedimientos Civiles en materia de Derecho Hereditario, mediante Decreto Público por el C. CARLOS SALINAS DE GORTARI, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, el día 6 de enero de 1994, llevan a plantear la sucesión mortis causa concreto sucesión testamentaria debe ser universal o, por el contrario, nada se opone a que los bienes de la herencia se disgreguen en varias sucesiones independientes, como ahora se propone por lo menos en algunos supuestos.

Tal es la cuestión que nos ocupa en la reciente reforma al Código sustantivo Civil toca aspectos fundamentales en el Derecho común, que no podría pasarse por alto su crítica para exponer sus implicaciones al insertar las modificaciones en el contexto general al citado Código Sustantivo como un ordenamiento sistemático, como un ordenamiento que regula intereses individuales y sociales con normas de convivencia razonables, justas y prácticas.

El método de exposición que me parece correcto para desarrollar en esta crítica es considerar, en primer lugar, los fines que persigue el Derecho Hereditario, las normas directrices a las que obedece el conjunto de sus disposiciones y las características propias del Código Civil Mexicano.

La crítica que me propongo seguir se sustenta en que la reforma recientemente introducida no se puede estudiar aisladamente, porque es contra Derecho Interpretar una disposición sin tomar en consideración el con-

texto total de la ley, como señala la regla de interpretación romanista.

Por estos motivos y otros de carácter práctico que se señalan en la iniciativa se adiciona al libro tercero, título tercero del Código Civil - un Capítulo III bis que dice:

ARTICULO 1549 Bis Testamento Público Simplificado es aquél que se otorga ante notario respecto de un inmueble destinado o que 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 las autoridades del Distrito Federal o cualquier dependencia o entidad de la Administración Pública Federal, o en acto posterior, de conformidad con lo siguiente:

Que se otorgue ante Notario Público cuando una o más personas adquieran una vivienda de interés social en los programas de regularización para la tenencia de la tierra organismos creados por el ejecutivo federal, las personas al adquirir su inmueble en ese mismo acto adquisitivo podrán hacer su disposición de última voluntad, sin que para esto tenga una solemnidad de mayor relevancia basta con que el Notario les explique esta facilidad que tienen sin mayor trámite a seguir, sin embargo la duda estriba si el fedatario les explicara a éstas personas de escasos recursos que la Ley les facilita este evento tan importante porque es una forma de asegurar su patrimonio en beneficio de sus familiares en este caso los legatarios, razón por la cual es una medida atinada del legislador al darle vida al Testamento Público Simplificado por ser éste de una fácil aplicabilidad práctica.

Ahora bien y siguiendo con el otro elemento del Testamento Público Simplificado que dice sin referirse a que tipo de condiciones se necesitan

y dice, al adquirir un inmueble que su valor o en su caso el avalúo no excede al equivalente de 25 veces al salario mínimo general en el Distrito Federal, se podrá también hacer éste testamento, pero aquí es donde surge la pregunta habra un inmueble en el Distrito Federal con un valor equivalente a esa cantidad tan por demás risoria, yo me atrevo a decir que no -- hay tal supuesto. Ahora bien no podemos olvidar que el espíritu de esta reforma va encaminada a proteger los intereses de las clases más desfavorables y ésto es lo que hay que precisar.

Siguiendo con mi exposición de motivos este testamento al deceso del actor de la sucesión no se necesitan más trámites que los siguientes, que se presente el legatario o legatarios ante el notario el cual se hizo el testamento o bien con otro de su mejor elección se presenta el acta de defunción, el Testamento Público Simplificado y el título de propiedad y después el notario mandara hacer una publicación en un periódico de mayor circulación en la República Mexicana, para dar a conocer que ante su fé se esta tramitando la sucesión, en los cuáles se hará constar el nombre del actor de la presente sucesión, y el nombre de los legatarios.

El notario además mandara pedir informe al Archivo General de Notarías, del Archivo Judicial, para que le informen si existen otros testamentos y si le informan que no, que solamente el que ante él se está tramitando se seguira con la escrituración hasta inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, y también los legatarios podrán hacer testamento público simplificado en este acto.

El perdón concedido en un testamento al ofensor no se entiende revocado, aun cuando el testamento se revoque. Consideramos lo anterior por los mismos motivos expuestos en el inciso que precede.

En relación con los dos puntos anteriores que anteceden, notemos que la amplísima facultad de revocación de que disfruta el testador se entiende referida a las disposiciones por causa de muerte. En cuanto a las disposiciones y cláusulas no propiamente testamentarias, su revocabilidad debe juzgarse conforme a las normas propias de cada especie de negocio o acto jurídico. El reconocimiento de que una deuda haga el testador, por ejemplo, ciertamente podrá invocarse en su contra, aunque el testamento quede revocado.

#### 4.2 Lo que es o se debe de entender por testamento.

Nuestra posición sobre este tema se funda no sólo en la doctrina, sino en los resultados de una experiencia que es bastante aleccionadora.

Entendemos que el testamento no es simplemente, un acto de transmisión de bienes, puesto que es evidente que puede tener y tiene, en la generalidad de los casos, un contenido mucho más complejo. (102)

El testador puede, en efecto nombrar tutor testamentario, reconocer hijos, confesar deudas, aconsejar y orientar a sus familiares respecto a lo que sea conveniente para ellos hacer en relación con determinados negocios pendientes o con la educación de los hijos, disponer sobre su entierro, etc., expresiones de voluntad que, si bien no tienen todas la misma

(102) De Pina Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Volumen segundo. Quinta Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1973. Pág. 289.

fuerza legal, no por ello dejan de ser disposiciones de última voluntad y cuya eficacia, según las enseñanzas de la experiencia es en todo caso ---- innegable.

No se puede decir con exactitud, por consiguiente, que el testamento es un acto de naturaleza exclusivamente patrimonial puesto que es susceptible de admitir disposiciones de carácter bien distinto.

Para hacer gráfico el problema es práctico señalar como al testamento se le ha tomado como un medio para expresar un sinnúmero de disposiciones que en otro acto aparecerían fuera de lugar. Así no sólo encontramos en él disposiciones de bienes ya sea en favor de personas determinadas sino -- incluso de manera general para fines de beneficencia; también es posible que los bienes se afecten en fideicomiso para una finalidad lícita o que -- se constituya con ellos una fundación. Todo parece normal, pues al fin se trata de disposiciones de bienes. Pero también por su conducto se reconocen hijos, se nombran tutores, se mandan cumplir obligaciones naturales, -- restituir bienes que no eran propios, se manifiesta una ideología política o religiosa y también, porqué no, se ordenan sufragios por el alma, los -- funerales, la manera de disponer del cadáver incluso para fines científicos, y hasta se dan consejos.

Pienso que todo esto está bien porque quien quiere dejar todo arreglado y prepararse para otra vida, lo mejor que hace es no dejar ningún cabo suelto. Y para ello no sólo le interesa repartir de la mejor manera sus -- bienes sino atender a muchas otras cuestiones que no son de categoría puramente económica.

#### 4.3 Típico o atípico.

En relación con este tema se distingue entre contenido típico del --- testamento y contenido atípico. El contenido típico está constituido, desde luego, por las disposiciones de naturaleza patrimonial; pero esto no excluye el reconocimiento en el testamento de un contenido atípico, -- constituido por las disposiciones que carecen de esta naturaleza. (103)

Generalmente, en el testamento coexisten ambos contenidos, si bien la falta de cualquiera de ellos no priva al testamento de su significación de acto de última voluntad.

Como vemos por lo expuesto, concebir el testamento como un simple acto de transmisión de bienes supone reducir caprichosamente el objeto de -- esta trascendentalísima institución.

La cuestión que se deduce del párrafo anterior estriba en saber si de cualquiera de los contenidos enunciados y otros más puede afirmarse que se trata de disposiciones testamentarias. En otra palabra, la pregunta es: -- ¿Tiene el testamento un contenido típico o es atípico?

Para ponernos de acuerdo, empecemos por satisfacer una exigencia ló-- gica: la precisión en los términos. El concepto de tipo según algunos sólo últimamente ha entrado en la doctrina civilista que lo ha tomado de la penal.

El tipo, según los penalistas, consiste en la descripción de una conducta acreedora de pena. La idea del tipo ésta dirigida á perfilar dentro de un marco de legalidad aquellas conductas que se consideren delictivas -

(103). De Pina Rafael. Ob. Cit. Pág. 290

mediante una adecuada o exacta configuración de la hipótesis normativa, de manera que sólo tengan el carácter de delitos aquellos hechos que encajen en la figura legal. nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege.

Tipo, según el Diccionario de la Lengua Española, es un modelo o ejemplar. El modelo a su vez consiste en la forma que uno se propone y sigue - en la ejecución de una obra.

En la doctrina civilista la tipicidad es entendida, según Díez-Picazo como una previa normativa o régimen jurídica aplicable a ciertos actos, de manera que serán atípicos aquellos para los que no existe esa previa regulación. Para Federico de Castro los tipos negociales o sentido de lo justo, se han formulado para favorecer, limitar o encauzar determinados propósitos individuales. (104)

Aun cuando no siempre se ha tenido uniformidad en los términos, la tipicidad es un concepto que no es ajeno al Derecho Privado porque así como se habla de contratos nominados también aquella clasificación de los elementos esenciales, naturales y accidentales es una referencia clara a las figuras legales, vgr. Las contractuales, dado que con los elementos esenciales se quiere significar el contenido específico previsto por la ley para distinguirlas e individualizarlas. A este aspecto me parece que se refiere el artículo 1839 del Código Civil vigente, cuando habla de los "requisitos esenciales del contrato" cuyas cláusulas no es que se tengan por puestas cuando no se expresen, sino que son los efectos propios de tales cláusulas los que no requieren de expresión.

En términos más generales el concepto de tipo se refiere a uno de los

(104) Díez-Picazo. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Pág. 240. Madrid, 1972.

elementos lógicos de la norma; el supuesto o hipótesis. En este sentido, - dice Messineo, que las situaciones previstas por las normas son situacio-- nes típicas, concebidas en abstracto, porque si bien es cierto que los he-- chos concretos ofrecen ciertas peculiaridades irrepetibles, sin embargo -- pueden reconducirse al esquema o modelo previsto. De aquí que la aplica--- ción del Derecho desde el punto de vista lógico se resuelve en un silogis-- mo del que la premisa mayor es la hipótesis normativa, la menor el hecho - concreto que se ajusta y la conclusión la consecuencia jurídica. (105)

¿En qué sentido, por consiguiente, se habla de tipicidad legislativa-- respecto de los actos jurídicos?

#### 4.4. Es un acto Mortis Causa Unilateral.

Hay, desde luego, una primera clasificación: la donación entre vivos-- o "inter vivos", y la donación por muerte o "mortis causa" que es el lega-- do, al que definía Ulpiano como cierta donación dejada por un difunto "do-- natio quaedam o defuncto relicta". Se distinguen las primeras en que, por-- principio, son irrevocables como el testamento en que deben constar.

Sin embargo, cabe a este respecto la observación de que el legado en-- un testamento, y la oferta del donante en el contrato de donación producen sus efectos hasta que el beneficiario acepta la liberalidad, siempre en el primer caso haya muerto el testador sin revocar el testamento y que en se-- gundo caso esté vigente todavía la pollicitación de donación.

Además, la donación puede ser pura "cuando se otorga en términos abso

(105) De Castro, el negocio jurídico. Pág. 259. Instituto Nacional de Estu-- dios Jurídicos. Madrid, 1971.



lutos"; condicional cuando "depende de algún acontecimiento incierto", --- onerosa, "sub-modo" o con carga, cuando el donatario se obliga a pagar un gravamen o alguna deuda o deudas a favor de tercero o a realizar una determinada prestación, remuneratoria, que se hace en atención a servicios prestados por el donatario al donante y que éste no tenga obligación de pagar, como haberle salvado la vida en un naufragio o en un incendio. (106)

Finalmente, considerada la donación en un sentido amplio existen también las llamadas "donaciones indirectas", que se hacen incluyéndolas o -- involucrándolas en otro acto jurídico que le de soporte, sea éste a título gratuito o a título oneroso.

No obstante la generalidad de la definición que se ha criticado, no se niega que sea imposible individualizarlo.

Algunos autores como Guastavino, les parece que la distinción entre - actos inter vivos y mortis causa carece de valor sistemático porque se basa en dos criterios distintos de clasificación. El primero sería atendiendo a los sujetos, según el cual el acto inter vivos sería el que establece una relación inter subjetiva entre las partes. El segundo criterio, para - los actos mortis causa, sería por el contrario de carácter funcional objetivo, es decir, se toma a la muerte como el evento en virtud del cual el efecto se produce. Agrega el autor que en tal caso un mismo acto podrá ser inter vivos y mortis causa.

Esta clasificación no debe tomarse en tal sentido. Según se verá adelante, la doctrina está conforme en sostener que en el acto inter vivos --

(106) Elías P. Guastavino. Pactos sobre Herencias futuras. Buenos Aires, - 1968. Pág. 44.

el efecto se produce con independencia del hecho de la muerte, en tanto -- que en el mortis causa, el deceso figura como una condicio iuris o "elemento del supuesto productor de los efectos no arbitrario y contingente como la condición propiamente dicha sino necesario y esencial".

No basta, en efecto, para considerar como mortis causa un acto que éste se realice teniendo en cuenta la muerte de cualquiera manera, como -- cuando se difiere la exigibilidad de una obligación a ese momento, lo que configuraría un acto in diem mortis dilatus, sino que ha de ser tomada como una condición legal prevista por la norma como un elemento sine quo --- non. (107)

A diferencia del acto inter vivos, cuyo número es ilimitado, el mortis causa parece ser únicamente el testamento.

Esta restricción está reafirmada por la prohibición de los pactos que tengan por objeto una sucesión futura. Tales pactos han sido clasificados en institutivos, dispositivos y renunciativos según que las partes dispongan de su propia herencia, de la de un tercero o repudien la que les pudiere ser conferida. Sin embargo la clasificación no es exhaustiva dado que con la amplitud del artículo 1826 cabrían otros pactos.

Las razones de la prohibición no son hoy unánimemente admitidas. En primer lugar se aduce como razón la inmoralidad de tales pactos centrada en el llamado "votum mortis" porque hay cosas, se dice por Pothier (108), -- que no podrían esperarse sino esperando la muerte de la persona que ha de ocasionar su adquisición. Los impugnados de tal razón argumentan que la --

(107) Sánchez Medial Ramón. De los Contratos Civiles. Octava Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1986. Pág. 202.

(108) Santoro Passarelli. Doctrinas Generales del Derecho Civil. Ed. Rev. de Der. Priv. 1964. Pág. 234.

misma consideración valdría para ciertos actos admitidos por el legislador como el seguro de vida y el usufructo vitalicio.

Es de reconocerse que en la actualidad "el votum mortis" efectivamente no tiene sino muy poca virtualidad. Pero no es la única razón. Concretamente en relación con los pactos sobre herencia propia puede decirse que la principal razón es el asegurar la plena libertad de testar, ya que su vinculación resultaría extremadamente peligrosa y de poca utilidad pues -- nadie sabe lo que el futuro puede deparar; los cambios de las circunstancias pueden exigir resoluciones nuevas que no quedarían garantizadas sino en base a que las disposiciones fueren revocables (Colin y Capitant). Deambulatoria est voluntas usque ad supremum vitae exitum. (109)

Este cuadro restrictivo lo completan otras disposiciones contenidas -- en los artículos 1291, 1296, 1665 y 1666 del Código Civil.

Sin embargo, es posible plantear la cuestión de si solamente el testamento es un acto mortis causa de última voluntad o cabría la posibilidad de admitir como acto autónomo la donación mortis causa.

Me remito al siguiente capítulo.

(109) Citado por Guastavino. Ob. Cit. Pág. 238.

## CAPITULO QUINTO.

5.1. SU EFICACIA. Parece ser que la palabra "modus", en el sentido -- técnico que hoy le damos, no apareció hasta la época justiniana; sin embargo, una elaboración tan sutil de la figura jurídica objeto de este estudio no podía ser obra de los compiladores Justinianeos exclusivamente, y de hecho no lo fue, ya que la labor de éstos estuvo precedida de una investigación minuciosa realizada por los juristas clásicos (110) los cuales llegaron hasta resolver el problema de la eficacia del "modus" recurriendo a diversos expedientes indirectos. Algunos romanistas se han ocupado de la determinación del momento histórico en que apareció el "modus"; pero esto, aparte de las dificultades que presenta, ofrece poco interés para el jurista, más interesado en la configuración que las instituciones van tomando a lo largo del tiempo que en la que presentaron en el momento de su origen.

Los casos en que el término "eficacia" es empleado para indicar conceptos diferentes del que en sentido técnico-jurídico tiene esta palabra son varios. En el Digesto 44, 7, 44, 3, se emplea "modus" para designar -- una obligación alternativa. En otros fragmentos tiene el sentido de "misura", indicando los límites dentro de los cuales se constituye un derecho, o la medida de un terreno, o los límites de la obligación entregar alimentos, se hace referencia a las limitaciones y atribuciones de aquél que está propuesto para gobernar una nave. Como en este caso concreto se emplea

(110) Orenco-Vicente Torralba Soriano. Obra citada. Págs. 40 y 41.

en el testamento público simplificado.

Al respecto manifestaremos nuestra opinión sin error a equivocarnos - sin dejar de reconocer que el testamento público simplificado, el legisla- dor se inspiró más en meros fines populistas que en algo que realmente se- apegue a las necesidades de la mayoría de nuestra generalidad Ciudadana, y más adelante lo mencionaremos en su oportunidad.

El testamento público simplificado al igual que el Testamento Público Abierto, son los dos únicos testamentos eficaces, a diferencia de los de- más, toda vez que para su validez no se necesita la intervención de un --- juez, con los dos únicos testamentos que se pueden trámitar extrajudicial- mente basta pues que los herederos o legatarios por sí solos o bien él al- bacea si es que existe podrán acudir ante el mismo notario ante el cual el de- cujus otorgó su última voluntad o bien ir con otro de su mejor agrado o efecto de trámitar la sucesión testamentaria, puesto que con que le exhi- ban al notario los siguientes documentos que son: el atestado del acta de- defunción, el testamento y el título de propiedad o los títulos en su ca- so, como vemos no se necesita abrir la sucesión testamentaria ante un juz- gado de lo familiar, esto es como ya lo mencionamos se puede trámitar ex- trajudicialmente en eso consiste en que es un testamento eficaz.

Entonces pues la eficacia de la cual esta revestido el testamento --- público simplificado, se la otorga al legislador en el Código de Procedi- mientos Civiles para el Distrito Federal, en su artículo 876 bis, con esto no estamos diciendo que los demás testamentos no sean válidos o que no sir- van sino que lo único que carecen son de eficacia al momento de su otorga- miento esta eficacia está sujeta al capricho de su SEÑORIA, toda vez que - el Código Procesal Civil así la determine.

5.2. EFECTOS JURIDICOS. El acto jurídico que reúne los elementos ---- esenciales y cumple además los requisitos de validez, surte plenos efectos de Derecho. Los efectos fundamentales producidos por el acto jurídico son varios y consisten en la creación, transmisión, modificación o extinción -- de derechos y obligaciones, o bien, en la constitución de una situación ju rídica general y permanente un estado que implica el nacimiento de una se- rie de derechos y obligaciones. (111)

El concepto de acto jurídico proporcionado por Julián Bonnetcase, el -- eminente jurista Francés, subraya las consecuencias del mismo al decir --- que: "Es una manifestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral, -- cuyo fin directo es engendrar, fundándose en una regla de Derecho, en con- tra o en provecho de una o varias personas, un estado es decir, una situa- ción jurídica general y permanente, o, al contrario, un efecto de Derecho- limitado que conduce a la formación, a la modificación o a la extinción de una relación de de derecho".

Si analizamos diversos actos jurídicos, veremos que todos ellos produ- cen las principales consecuencias que la ley les atribuye, en provecho o -- en contra de ciertas y determinadas personas.

Vemos que los actos jurídicos sólo engendran obligaciones para su au- tor o para las partes que los celebran, y únicamente para ellos. No pueden comprometer a nadie más; no pueden obligar a los terceros. Este es el prin- cipio llamado Res inter alios acta.

Es el alcance jurídico que la ley le otorga al testamento público sim

(111) Bejarano Sánchez Manuel. Obligaciones Civiles. Tercera Edición. Copy right Harla, S.A. de C.V. México 1984. Págs. 155 y 156

plicado. Dice el Artículo 1285 del Código Civil en relación al 1286 de la misma fuente sustantiva, el primero el Legatario adquiere a título particular y no tiene más cargas que las que expresamente el testador le impuso, sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria con los herederos. Cuando toda la herencia se distribuye en legados, los legatarios serán --- considerados como herederos.

Entonces como es lógico con estas disposiciones de la sucesión lo que tiene vuelta de hoja es que la sucesión se somete a un régimen unitario para que puedan realizarse estos fines. De la concurrencia y prelación de -- los créditos Artículo 2964 del Código invocado el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que conforme a la ley, son inalienables o no embargables. Artículo -- 1687 de la misma ley la aceptación en ningún caso produce confusión de los bienes del autor de la herencia y de los herederos, porque toda herencia -- se entiende aceptada a beneficio de inventario, aunque no se exprese. Artículo 2208 del Código Civil mientras se hace la partición de una herencia, -- no hay confusión, cuando el deudor hereda al acreedor o éste a aquel.

Desde el punto de vista doctrinal a la muerte del autor de la herencia los herederos no solo heredan los bienes sino que también una serie -- de relaciones jurídicas, entonces la sucesión universal es la más perfecta porque se hereda todo el patrimonio a la muerte del autor de la sucesión -- y esto se denomina herencia. A diferencia del legado donde solo se hereda a título particular es decir no tiene más obligaciones que las que le dejó especificadas el testador sin responsabilidad con los demás herederos, ahora bien también es cierto como se a precisado con los preceptos descritos -- con anterioridad, el propietario prolonga su derecho en el sucesor y se --

trata de que exista una protección a los acreedores.

Artículo 1549 del Código Civil vigente que dice:

Testamento Público Simplificado es aquél que se otorga ante notario - respecto de un inmueble destinado o que vaya a destinarse a vivienda por - el adquirente en la misma escritura que consigne su adquisición o en la -- que se consigne la regularización de un inmueble que lleven a cabo las au- toridades del Distrito Federal o cualquier dependencia o entidad de la ad- ministración 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 del salario mínimo general vigente en el Distrito - Federal elevado al año al momento de la adquisición. En los casos de regu- larización 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 más legatarios con derecho de acre- cer, salvo designación de sustitutos. Para el caso de que cuando se lleva- re a cabo la protocolización notarial de la adquisición en favor de los le- gatarios, 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 incapa- ces.

III. - Si hubiere pluralidad de adquirentes del inmueble cada copro- pietario podrá instituir uno o más legatarios respecto de su porción. Cuan- do el testador estuviere casado bajo el régimen de sociedad conyugal, su - cónyuge podrá instituir uno o más legatarios en el mismo instrumento, por- la porción que le corresponda. En los supuestos a que se refiere este ar--



título no se aplicará lo dispuesto por el artículo 1296 del Código Civil.

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 Civiles para el Distrito Federal.

Antes de citar lo que dice el artículo que antecede quisiera ser un comentario desde luego sin apartarnos de nuestro tema, pero en virtud del mismo y por carecer de una amplia bibliografía, pero también es cierto que nuestra investigación consiste en la investigación de diferentes autores sobre nuestro tema y es el caso de que no hay hasta el momento quienes espongian sobre el testamento público simplificado, es el caso que el Licenciado Froylán Bañuelos Sánchez, en su obra Interpretación de los Contratos y Testamentos, Formularios y Jurisprudencia, Juris Latin, S.C. Pág. 174 y siguiente, México, D.F. 1994, transcribe íntegramente lo que dice el artículo 1549 bis de nuestra ley sustantiva civil, sin que opine o comente sobre algún comentario o crítica explicativa referente al testamento público simplificado, será que no tiene conocimientos bastos para ello o quizás no tiene la paciencia para ello.

Artículo 876 bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Para la titulación notarial de la adquisición por los legatarios

rios instituidos en testamento público simplificado se observará lo siguiente:

I. - Los legatarios o sus representantes, exhibirán al notario la copia certificada del acta de defunción del testador y testimonio del testamento simplificado.

II. - El notario dará a conocer, por medio de una publicación en un periódico de los de mayor circulación en la República, que ante él se está tramitando la titulación notarial de la adquisición derivada del testamento público simplificado, los nombres del testador y de los legatarios y, en su caso, su parentesco.

III. - El notario recabará del Archivo General de Notarías, del Archivo Judicial del Distrito Federal y de los correspondientes archivos u oficinas similares del último domicilio del autor de la sucesión, las constancias relativas a la existencia del testamento. En el caso de que el testamento público simplificado presentado sea el último otorgado, el notario podrá continuar con los trámites relativos, siempre que no existiere oposición.

IV. - De ser procedente, el notario redactará el instrumento en el que se relacionarán los documentos exhibidos, las constancias a que se refiere la fracción anterior, los demás documentos del caso, y la conformidad expresa de los legatarios en aceptar el legado, documento que se inscribirá en el Registro Público de la Propiedad. En su caso, se podrá hacer constar la repudiación expresa.

V. - En el instrumento a que se refiere la fracción anterior, los legatarios podrán otorgar, a su vez, un testamento público simplificado en los términos del artículo 1549 bis del Código Civil.

## 5.3. OTORGAMIENTO DE TESTAMENTO POR DOS PERSONAS.

Efectivamente en este caso concreto si pueden testar dos personas o más en el mismo cuerpo de la escritura de adquisición.

De acuerdo con lo que dispone el artículo 1549 bis del Código Civil, siempre y cuando se trate de actos de interés social o que aquel que se otorga ante notario respecto de un inmueble destinado o que vaya a destinarse a vivienda por el adquirente en la misma escritura que consigne la regularización de un inmueble que lleven a cabo las autoridades del Distrito Federal o cualquier dependencia o entidad de la Administración Pública Federal, o en acto posterior, de conformidad con lo siguiente.

Que el precio del inmueble o su valor de avalúo no exceda del equivalente de 25 veces del 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.

Ahora bien desde un punto de vista muy particular se presume que el legislador ciertamente se inspira más en fines populistas que en lo que realmente este testamento sea una verdadera solución para la mayoría de la población, creo yo que es un testamento más en nuestra legislación mexicana, sin que realmente esté a la altura del Testamento Público Abierto o con una ventaja más eficaz, si bien es cierto que en cierto modo este testamento simplificado su tramitación tanto en trámites como en costas, pero sin que tenga una relevancia destacada, también es cierto que se limita a ciertos casos concretos que hemos mencionado con anterioridad en este mismo capítulo. También debemos dejar en claro que el Testamento Público ---

Simplificado, no encuadra propiamente con la definición de testamento ni con que doctrinariamente conocemos por testamento, como trataremos de explicarlo más adelante, el artículo 1549 bis del Código Civil dice testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte.

Ahora bien el Testamento Público Simplificado, hecha a la barta con parte de la definición de testamento, es el caso de este testamento ya no es personalísimo, toda vez que en el mismo acto ya aparece otra voluntad, entonces aquí se contradice con la definición porque deja de ser personalísimo, toda vez que en el mismo acto dos personas pueden disponer de su última voluntad, por tal situación una contradicción.

También otra contradicción palpante sucede en lo que respecta a su revocabilidad, esto no quiere decir que el testamento público simplificado no sea revocable claro que se puede revocar sencillamente si se revoca ya estamos hablando de otro testamento, ya sea público abierto, público cerrado u ológrafo, o bien en su modalidad de unos de los testamentos especiales, pero en el caso concreto la ley no dice que el testamento público simplificado sea revocable, si se revoca como ya lo mencionamos estamos hablando de otro tipo de testamento, diferente al público simplificado, entonces nuestra opinión es que se legislo a lo ligero y que no se analizo más a fondo sobre el mismo y por lo tanto no alivia mucho que digamos y que en ciertos casos se reduce a la nada, y se reduce exclusivamente a los casos concretos de lo que dispone el artículo 1549 bis del Código Civil.

Además hay que hacer la aclaración de que se trata de un testamento de un legado en virtud de que no se puede disponer de todos los bienes en-

este testamento solamente se lega la propiedad adquisitiva y legado es exclusivamente a título particular, no menciona la definición de legado en virtud de que todos sabemos lo que es un legado.

Artículo 1296 del Código Civil NO pueden testar en el mismo acto dos o más personas, ya en provecho recíproco, ya en favor de un tercero. Y luego dice Testamento Público Simplificado podrá ser otorgado por más de una persona y aún recíprocamente entonces esto es lo que la doctrina llama testamentos peligrosos.

Ahora bien esta contradicción origina cuestionamientos muy delicados a decir verdad unos casos la ley prohíbe los testamentos en los cuales no pueden testar en el dos o más personas. Y en otra disposición dice que si pueden testar más de dos personas, desde luego que existe una excepción en el Testamento Público Simplificado, pero a la luz de los motivos por los que llevaron al testamento público simplificado a la necesidad de una figura jurídica que facilitara el otorgamiento de últimas voluntades, debió de ver sido si ya las existentes no existieran y que no fueran suficientes para un fin práctico.

#### 5.4. SU ANALISIS.

Las reformas al Testamento Público Abierto era ya en las diferentes clases de testamentos ya existentes Artículo 1500 del Código Civil un ordinario que se llama "Testamento Público Simplificado" y para tatar de entenderlo distinguiremos las normas sustantivas y adjetivas de las mismas.

La propuesta encierra que los beneficiarios de los varios Programas de Regularización de la Tenencia de la Tierra por falta de recursos econó-

micos y de una total falta de asesoramiento jurídico, la mayoría no hace disposición testamentaria y para ser más exactos Testamento Público Abierto, tal es el caso que al ocurrir ese fatal acontecimiento que es el fallecimiento, sus familiares y herederos lo que en realidad heredan es una serie de problemas que a partir de ese suceso se van transmitiendo de padres a hijos, nietos y los que siguen, hasta convertirse en una irregularidad, por eso se propone una nueva figura jurídica que supuestamente viene a facilitar la última voluntad de los actores de la sucesión en relación a la adquisición de las viviendas así como el establecimiento de un orden sucesorio expedido para la titulación de las mencionadas viviendas en favor de los legatarios que instituya el adquirente de las mismas. Por esas razones y de carácter práctico se adiciona al Código Civil el Capítulo III bis que dice, y que lo hemos transcrito con anterioridad en este último capítulo.

Entonces surge la consideración del texto que a diferencia de los testamento ordinarios y especiales, este testamento como lo he citado con anterioridad esta sujeto a un régimen diferente por lo que sus reglas son de interpretación estricta en los términos del Artículo 11 del Código Civil.

Que dice las leyes que establecen excepción a las reglas generales -- no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes. Como se observa a estas reglas generales tienen como consecuencia que en el Testamento Público Simplificado no es posible instituir herederos, sustitutos de los mismos, legatarios de otros bienes, albaceas, curadores, reconocimiento de hijos de ninguna otra disposición que no sea a las viviendas a que hace referencia el Artículo 1540-Bis.

A excepción a lo que menciona el Artículo 1296 del Código Civil, en--

tonces sucede que el Testamento Público Simplificado lo otorgan conjunta-- mente más de una persona es más a lo mejor recíprocamente siempre y cuando estén presentes en la notaría los legatarios cuando adquieren un inmue-- ble, ahora bien hemos hecho mención que el testamento público simplificado es una voluntad particular y no universal, además de que en este testamen-- to no se puede disponer de los demás bienes como se manifiesta en todos -- los demás, haciendo caso a la vieja tradición jurídica, reconocida por los Códigos antecesores al de 1928, donde basta una sola disposición para dis-- poner de todo un patrimonio.

Entonces aquí nos encontramos con cuestionamientos contradictorios--- al regular un mismo acto en formas opuestas en unos casos el testamento -- puede ser válido y el otro no, ahora bien si el legatario fuere incapaz - cual sería la excepción, como se a podido notar las características del -- Testamento Público Abierto y las del Testamento Público Simplificado son - por demás diferentes que caso tiene de formar en este testamento las carac-- terísticas esenciales de un testamento de una buena perfección y que con - testigos instrumentales se le da una perfecta eficacia al testamento públi-- co abierto sin necesidad en complicaciones jurídicas que a la larga en vez de dejar las cosas en orden se termina en complicaciones que no tienen ra-- zón de ser.

Los motivos por los cuales se propone el Testamento Público Simplifi-- cado sería explicable dicha figura jurídica que ha decir verdad falicite - el otorgamiento de últimas voluntades cuando los testamentos especiales -- no suplieran las diferentes necesidades que por circunstancias ajenas a la población no se pudiera acudir ante notario público para hacer Testamento-- Público Abierto pero difícilmente se justifica la libertad de testar y mu--

cho menos justifica la excepción a la prohibición de los testamentos conjuntos y recíprocos basada en salvaguardar la libertad de testar siendo esta forma la manera de dejar las cosas en orden.

Esto quiere decir que el legislador para poder reglamentar imperativamente esta institución, en el testamento público simplificado priva un régimen de excepción por consideraciones prácticas es decir disposiciones generales en orden de facilitar la designación inmediata aún en forma colectiva y recíproca, en términos de jerarquización significa que los valores de normatividad del testamento se subordinan a razones prácticas.

Corresponde estudiar ahora, siguiendo el plan propuesto, la aplicación del mismo fenómeno en materia de legados.

El tratar en una parte diversa el acrecimiento entre colegatarios está justificado por las diferencias fundamentales que existen entre la herencia y el legado; diferencias que, sustancialmente radican en la diversidad del objeto de la sucesión. La herencia supone la sucesión en la "universitas iuris" del difunto, en un complejo de derechos unitariamente considerados, mientras que el legado supone la sucesión en un derecho particular, concreto, separado de aquél complejo unitario en que la herencia consiste.

El plan a seguir en el estudio del acrecimiento en materia de legado será comprobar si al mismo tiempo se puede aplicar el fundamento y naturaleza jurídica que al fenómeno del acrecimiento en general.

Sin ningún esfuerzo, sin violentar ni forzar ideas y principios, se puede, ya a priori, asignar el acrecimiento entre legatarios el mismo fundamento y la misma naturaleza jurídica que hemos asignado al acrecimiento en general y al acrecimiento entre la sucesión testamentaria en particu---



lar.

Ni históricamente ni dogmáticamente hay ningún impedimento para considerar al acrecimiento entre legatarios como un efecto de la vocación solidaria de varios legatarios a un mismo objeto que teniendo su fundamento en la voluntad del testador, produce una expansión en la titularidad legítima para la adquisición del objeto legado.

Al estudiar históricamente el acrecimiento en materia de legados vemos que, bien fuera por la disciplina que al derecho de acrecer dieron los romanos, bien fuera por las diferencias existentes entre legados no tenían validez ni aplicación los principios válidos para la sucesión testamentaria, y, por consiguiente, no se da, en materia de legados, el acrecimiento típico general y necesario y por el contrario, se da el especial, voluntario y excepcional que tiene su fundamento en la "coniunctio", es decir, -- en la llamada cumulativa de varios legatarios a un mismo objeto.

Asimismo, tampoco hay ninguna razón dogmática que impida la asimilación del acrecimiento en los legados, en lo que a fundamento y naturaleza jurídica se refiere, con la teoría hasta ahora sustentada. (113)

El acrecimiento en los legados tiene, pues, el mismo fundamento y la misma naturaleza jurídica que el acrecimiento en general, según la teoría propuesta. La única diferencia que pueda existir no estriba en el concepto, sino en el tratamiento jurídico como consecuencia de las diferencias existentes entre herencia y legado.

(113) Pablo Beltrán de Heredia. El Derecho de Acrecer. Editorial Revista - de Derecho Privado. Madrid 1956. Págs. 148 y 149.

## CONCLUSIONES.

PRIMERA. - El testamento es un acto unilateral revocable cuya razón de la generalidad en que se concibe su definición por el Artículo 1295 del Código Civil no pueden determinarse porque ni la disposición de bienes esencial ni los deberes que se declaren o cumplan se especifican cuáles sean.

SEGUNDA. - En consecuencia es más bien, una forma apta para comprender un contenido variable, cuya eficacia se subordina a la condición iures de la muerte del testador.

TERCERA. - El Código Civil del Distrito Federal de 1928 como sabemos ha recibido influencias de sus antecesores caso concreto en el derecho hereditario en sus características y directrices y que sabemos son de tradición romanista así como del Francés y Español.

CUARTA. - Desde el punto de vista sustantivo suponemos que en el libro tercero del Código Civil vigente para el Distrito Federal donde se encuentra lo referente a las sucesiones y resulta que no está todo lo referente a las mismas herencias desde el punto de vista sustantivas.

QUINTA. - Los legatarios acaso no provocaran la mala fe en un momento dado, cuando sabemos que el legislador solo toma en cuenta a los acreedores alimentarios y no a los demás acreedores.

SEXTA. - Se podría dar el caso de que si el albacea tuviere que pagar deudas de la herencia se opusieran los legatarios y éstos a su vez se adjudicaran.

SEPTIMA. - Podría ser que el Testamento Público Simplificado en estos términos debió ser encuadrado en una nueva clasificación por sus características contradictorias y ser un testamento a título particular en su con-

tenido típico explícito en su definición.

OCTAVA. - Si el testador hubiere otorgado disposiciones testamentarias a la misma vez una en Testamento Público Simplificado y la otra en Testamento Público Abierto, cual sería la conveniente desde el punto de vista práctico.

NOVENA. - Los legatarios podrán llevar a cabo este trámite aún cuando se trate de un único bien de la herencia.

DECIMA. - A decir verdad de que los otorgantes testamentarios tuvieron diferentes motivos para revocar su Testamento Público Simplificado se puede revocar o acaso este a excepción de los demás es irrevocable.

DECIMA PRIMERA. - Por sus características esta disposición de última voluntad y a excepción del Testamento Público Abierto se dice que es típico.

DECIMA SEGUNDA. - El Testamento Público Simplificado y como el legislador lo regula que debe ser práctico, porque los adquirentes de viviendas de los programas de Regularización de la Tenencia de la Tierra en esa misma adquisición pueden testar, a caso puede ser un testamento peligroso.

DECIMA TERCERA. - El Testamento Público Simplificado a excepción del Público Abierto y de los demás como son los ordinarios y los especiales es un acto mortis causa o inter vivos.

DECIMA CUARTA. - El tema que me propuse analizar tuvo como objetivo - el hecho reciente de la reforma que tuvo el Código Sustantivo y en especial el derecho sucesorio y que como tal no se puede estudiar aisladamente porque es contra una regla general de derecho interpretar una disposición sin tomar a fondo su consideración al contexto de la ley.

## BIBLIOGRAFIA.

1. - ARCE Y CERVANTES JOSE. De las Sucesiones. Primera Edición. Editorial-Porrúa, S.A. México 1983.
2. - BORJA SORIANO MANUEL. Teoría General de las Obligaciones. Décimaprimerá. Editorial Porrúa, S.A. México 1989.
3. - BECERRA BAUTISTA JOSE. El Proceso Civil en México. Segunda Edición. - Editorial Porrúa, S.A. México 1965.
4. - BELTRAN DE HEREDIA PABLO. El Derecho de Acrecer. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1956.
5. - BEJARANO SANCHEZ MANUEL. Obligaciones Civiles. Tercera Edición. Editorial Harla, S.A. de C.V. México 1984.
6. - BAÑUELOS SANCHEZ FROYLAN. Interpretación de los Contratos y Testamentos. Formularios y Jurisprudencia. Juris Latin, S.A. México 1994.
7. - DE CASTRO Y BRAVO FEDERICO. El Negocio Jurídico. Instituto Nacional - de Estudios Jurídicos. Madrid 1971.
8. - DIEZ PICAZO LUIS. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Madrid -- 1972.
9. - DE PINA RAFAEL. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Volumen Segundo. Quinta Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1973.
- 10.- FLORIS MARGADANT S. GUILLERMO. Derecho Romano. Décima Cuarta Edición. Editorial Esfinge, S.A. de C.V. México 1986.

- 11.- GUASTAVIANO ELIAS P. Pactos sobre Herencias Futuras. Buenos Aires --- 1968.
- 12.- IBARROLA ANTONIO DE. Cosas y Sucesiones. Séptima Edición. Editorial - Porrúa, S.A. México 1991.
- 13.- TORRALBA SORIANO ORENCIO VICENTE. El Modo en el Derecho Civil. Editorial Montenegro. Madrid 1967.
- 14.- PETIT EUGENE. Editorial Porrúa, S.A. Décima Edición. México 1993.
- 15.- MORINEAU IDUARTE MARTHA y ROMAN IGLESIAS GONZALEZ. Derecho Romano. -- Editorial Harla, S.A. de C.V. México 1987.
- 16.- SANTORO PASSARELLI. Doctrinas Generales del Derecho Civil. Editorial- Revista de Derecho Privado 1964.
- 17.- SANCHEZ MEDAL RAMON. De los Contratos Cíviles. Octava Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1986.
- 18.- PICHARDO ESTRADA FELIX. La Autonomía de la Voluntad en el Orden Jurídico. Primera Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1958.
- 19.- URIBE LUIS F. Sucesiones en el Derecho Mexicano. Primera Edición. --- Editorial Jus, S.A. México 1962.

**LEGISLACION CONSULTADA.**

1. - CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.
2. - CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.
3. - LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO.
4. - LEY AGRARIA.