



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 esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

358
25j



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ARAGON"**

**"EL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO
Y LA FUNCION NOTARIAL"**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

LUIS ENRIQUE RESENDIZ ROSENDO

ASESOR DE TESIS:
LIC. EDUARDO TEPALT CERVANTES.

SAN JUAN DE ARAGON, EDO. DE MEX.

1996

Si te atrae una lucecita, siguela. Si te conduce al pantano, ya saldrás de él. Pero si no la sigues, toda la vida te mortificarás pensando que acaso era tu estrella...

Séneca.

**DEDICO ESTA TESIS A MI MADRE MARIA
DE LOURDES Y A MIS HERMANAS ALMA
ROSA, MARISOL Y SELENE.**

**AGRADEZCO A TODAS AQUELLAS
PERSONAS QUE CONTRIBUYERON
DE ALGUNA MANERA A LA
REALIZACION DE ESTE TRABAJO.**

INDICE

PROLOGO	II
CAPITULO I	
ANTECEDENTES	
A.- Derecho Romano	1
B.- Derecho Alemán.	9
C.- Derecho Francés.	17
D.- Derecho Español.	25
E.- Derecho Mexicano.	32
 CAPITULO II	
DEL TESTAMENTO EN GENERAL Y DEL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO.	
A.- Justificación sociojurídica del testamento público simplificado.	39
B.- Concepto	41
1.- Elementos de existencia y validez.	45
2.- Requisitos para su otorgamiento.	49
3.- Clases de testamento.	51
C.- La función del legado en el testamento público simplificado.	60
D.- Nulidad del testamento.	66
E.- Naturaleza jurídica de la función notarial	70
F.- Actividad del notario.	75
G.- Función del Archivo General de Notarías.	79
 CAPITULO III	
EL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO Y LA FUNCION NOTARIAL	
A.- El otorgamiento del testamento público simplificado ante notario.	82
B.- La expedición de testimonios del testamento público simplificado.	87
C.- La tramitación de la sucesión ante notario.	89
D.- Jurisprudencia.	95
 CONCLUSIONES	106
BIBLIOGRAFIA	110

PROLOGO

El presente trabajo tiene la finalidad de exponer el punto de vista de su autor con relación al testamento público simplificado, figura de muy reciente aparición y que tiene algunas deficiencias de carácter legislativo, las cuales deben ser subsanadas a efecto de que esta figura pueda ser de utilidad, pues de lo contrario caería en desuso.

Se proponen diversas medidas para adecuar la ley a la realidad, como son: a) Eliminar el valor del inmueble como condición para otorgar un testamento público simplificado; b) Modificar la redacción del Código Civil y del Código de Procedimientos Civiles en los artículos relativos al testamento público simplificado y c) Modificar la Ley de Notariado respecto de los avisos de testamento que el notario debe dar cuando se otorgue uno simplificado.

En el primer capítulo se analiza de una manera breve lo relativo a la sucesión, el testamento y el legado en Roma, Alemania, Francia, España y México, resaltando las particularidades de estas figuras en cada país, con la finalidad de apreciar las diferencias y similitudes de estas figuras con relación a la ley vigente que analizamos.

En el segundo capítulo se analiza en primer término la justificación sociojurídica y los motivos que tuvo el legislador para crear una figura como el testamento público simplificado y se continúa con el concepto de testamento en general y sus componentes, comparándolos con el testamento público simplificado determinando los elementos de existencia y validez del testamento y los requisitos para el otorgamiento de un testamento público simplificado,

pues éste requiere de ciertos requisitos para ser otorgado, principalmente el que se refiere al valor del bien inmueble.

Analizamos brevemente los testamentos ordinarios y especiales para determinar conforme a sus elementos dentro de que grupo debería situarse el testamento público simplificado, porque considero que no se puede incluir dentro de los testamentos ordinarios. En el testamento público simplificado la transmisión de bienes se hace a título de legado y es por ello que se analiza el concepto y las clases de legado que existen. Siguiendo este orden de ideas se precisan los casos de nulidad, revocación y caducidad de dichos instrumentos.

La figura del notario público en el testamento público simplificado es fundamental, ya que el otorgamiento y la adjudicación del bien materia del testamento se hacen ante él, por lo que considero conveniente incluir en este trabajo la naturaleza jurídica de su función, así como la actividad que realiza, pues del correcto y honesto desempeño de esta noble función depende la seguridad jurídica de los bienes inmuebles de una familia, que en la mayoría de los casos constituye su único patrimonio.

Cuando ante un notario se otorga un testamento, éste tiene la obligación de notificarlo al Archivo General de Notarías. De ahí que por último, en este capítulo se analizan las funciones de esta Institución.

En el tercero y último capítulo hablo del otorgamiento del testamento público simplificado detallando los pasos a seguir, así como la responsabilidad e importancia de la función notarial, habida cuenta de que es el notario quien determina si se cumplen los requisitos establecidos por la ley para llevar al cabo

el testamento público simplificado y a manera de ejemplo redacto un testamento público simplificado en una operación de compraventa, contestando las interrogantes que pudieran surgir al compararlo con un testamento público abierto.

Cuando se ha otorgado una compraventa con testamento público simplificado se deben expedir dos testimonios parciales, de manera que exista un testimonio parcial que contenga las cláusulas relativas a la compraventa y otro testimonio parcial con las cláusulas referentes al testamento, ya que de esta manera se cuida el carácter privado de las disposiciones testamentarias.

La adjudicación del bien materia del testamento público simplificado es fundamental y la ley determina que se haga ante notario. De ahí que se analice en este capítulo la naturaleza doctrinaria de la tramitación de la sucesión ante notario, estableciendo los pasos a seguir en la adjudicación de bienes proveniente de un testamento público simplificado.

Finalizo este trabajo citando algunas jurisprudencias relacionadas con la materia de sucesiones y testamentos.

CAPITULO I

ANTECEDENTES

A.- Derecho romano

"La palabra sucesión, que proviene del latín *successio*, se utiliza para designar la transmisión que tiene lugar a la muerte de una persona.

Conforme al derecho hereditario romano, la sucesión universal *mortis causa* se puede definir como la *transmisio* a uno o varios herederos de un patrimonio perteneciente a un difunto. Al difunto, autor o causante de la herencia se le ha designado como el de cuius, por abreviatura de la frase latina *de cuius hereditate agitur*, o sea de cuya herencia se trata. (Inst. 3, 2, 6).

La herencia es una transmisión universal, porque el heredero no recibe cosas particulares sino la totalidad del patrimonio o una cuota de éste."⁽¹⁾

En el Derecho Romano se utilizaba la palabra sucesión en dos sentidos: en primer lugar, para designar la transmisión *inter vivos* o *mortis causa*, y en segundo lugar, para indicar el patrimonio que se transmite. Aquí hablaremos de las transmisiones *mortis causa*. Estas pertenecen típicamente a la categoría de las transmisiones universales, que son el conjunto de bienes materiales, créditos y deudas que pasan en bloque de un titular a otro, con excepción de algunos derechos y deberes de carácter personalísimo, como las facultades derivadas del derecho de familia, algunos derechos reales, (usufructo, uso y habitación), algunas acciones (acción por difamación), derechos y deberes que se extinguen por confusión, futuros derechos que podrán derivarse de previos contratos de mandato o de sociedad, etc.

(1) Morineau Iduarte, Marta. Derecho Romano. Ed. Harla. México. 1987. 3a. ed.; págs. 209 y 210.

La sucesión romana en su origen no sólo comprendía el patrimonio, sino que incluía también los ideales, las simpatías y las antipatías del difunto; el heredero continuaba la personalidad entera del difunto, aparte de su personalidad patrimonial.

En el Derecho Romano existían tres tipos de sucesión: la vía legítima, que era la más débil; la vía testamentaria, que era más fuerte que la anterior, y la vía oficiosa, más fuerte que las otras dos, ya que esta última podía corregir la repartición prevista por un testamento. La vía legítima y la testamentaria no podían aplicarse simultáneamente a una sucesión.

Sucesión por vía legítima, según Las Doce Tablas: Esta vía procedía cuando no había testamento o en caso de que éste no tuviera validez o el heredero testamentario no quería o no podía aceptar la herencia y el testamento no contemplaba un sustituto. A falta de testamento, la ley determinaba cómo debía repartirse el patrimonio del difunto.

Las Doce Tablas establecían que por vía legítima la sucesión se ofreciera a los siguientes herederos:

1º.- A los *heredes sui* (herederos de sí mismos), es decir, a los que se volvían *sui iuris* por la muerte del autor de la herencia. Son, por tanto, los hijos del difunto, salvo los emancipados, los nietos del difunto en caso de muerte previa del padre de ellos; y también los póstumos, siempre que hubieren nacido dentro de los trescientos días contados a partir de la muerte del de cujus. La herencia se repartía por cabezas si todos los herederos eran de primer grado; si

eran de grados distintos, se repartía por stirpe y dentro de cada stirpe por cabeza.

2º.- A falta de *heredes sui*, la herencia se ofrecía a los agnados (parientes por línea masculina); las personas unidas al de *cujus* por vía femenina no contaban para la sucesión legítima. Tratándose de agnados no se repartía la herencia por stirpes, sino que se ofrecía al o a los agnados de grado más cercano repartiéndola por cabezas en caso de encontrarse varios agnados dentro del mismo grado; si uno de ellos rechazaba la herencia, los demás recibían porciones mayores; si todos la rechazaban no se ofrecía a los agnados de grado próximo sino que se declaraba que ninguno tenía derecho.

3º.- *La gens*: En caso de que todos la rechazaran o no hubiera ninguno de los herederos anteriores, la herencia se ofrecía a *la gens*, la que como tal heredaba, prefiriéndose a los miembros individuales de ésta que tuvieran un derecho de *occupatio*.

La Vía Legítima en el Derecho Pretorio: En esta época la conciencia popular empezó a pedir que la sucesión se rigiera por el presunto afecto que existe en las relaciones familiares y que se concedieran derechos a los parientes por vía femenina, al hijo emancipado o a la madre que no se hubiera casado *cum manu* y a la viuda *sine manu*; también se consideró injusta la prohibición de que la herencia se ofreciera a los agnados del grado siguiente al más cercano.

El pretor, ya que no podía legislar, creó instituciones como la *bonorum possessio* y la *bonorum possessor*, con más conciencia jurídica y eficacia procesal, para tratar de corregir las deficiencias del *ius civile*.

El pretor se declaraba dispuesto a entregar por orden de preferencia la *bonorum possessio* a las siguientes categorías de personas:

1º.- *Liberi* (hijos): Esta categoría corresponde a los *heredes sui*, pero también a los emancipados.

2º.- *Legitimi*: Este grupo comprendía a todos los que podían recibir la herencia por vía legítima de acuerdo con el *ius civile*, ya que la categoría de los *heredes sui* estaba absorbida por los *liberi*. Esta categoría correspondía prácticamente a los agnados.

3º.- Los cognados: Este derecho se limitaba a seis grados, (siete en algunos casos); aquí existía un avance, ya que la madre *sine manu* tenía una posibilidad, aunque lejana, de recibir *ab intestato* la herencia de su propio hijo.

4º.- En último lugar, cuando no había ningún heredero de las categorías anteriores, la herencia se ofrecía a la viuda o al viudo.

El testamento romano es un acto solemne por el cual una persona instituye a su heredero o a sus herederos. Es una manifestación de última voluntad, es decir, un acto esencialmente revocable. Esta última circunstancia no causa graves problemas jurídicos, ya que se trata al mismo tiempo de un acto unilateral.

"El testamento se puede definir como el acto jurídico solemne, de última voluntad, por el cual una persona instituye heredero o herederos, disponía de sus bienes para después de su muerte y también podía incluir otras

disposiciones, tales como legados, fideicomisos, manumisiones y nombramiento de tutores y de curadores. (Modestino D. 28)"(2)

La institución de uno o más herederos era fundamental en el testamento romano, ya que si el heredero instituido repudiaba la herencia o fallecía antes, todas las demás disposiciones del testamento quedaban igualmente sin eficacia; en tal caso, eran nulos todos los legados, fideicomisos, desheredaciones, manumisiones, etc.

El concepto de testamento cambió paulatinamente, convirtiéndose en la base para el reparto de un patrimonio y, por lo tanto, la función del heredero se asimiló a la del legatario, y aunque el heredero repudiara la herencia los legados podían entregarse. Así el heredero dejó de ser el fundamento de la vía testamentaria y su función se redujo a aspectos patrimoniales. Originalmente el testamento debía contener la voluntad personal del testador y se refiere a todos los bienes del testador.

El testamento romano nació quizá como una ley especial, pasó por la fase del contrato y llegó finalmente al concepto moderno de la declaración unilateral de última voluntad.

Las formas más antiguas de testamento son: *Colatis comitiis* que se hacía ante los comicios dos veces al año (24 de marzo y 24 de mayo) y el *in procinctua* que se realizaba antes de iniciarse una batalla, sirviendo como testigos los compañeros de armas. Posteriormente se introdujo el testamento

(2) Morineau Iduarte, Martha. Ob. cit. pág. 218.

mancipatorio o el testamento en forma de contrato; en este último, el testador celebraba una compraventa ficticia con el comprador del patrimonio, con testigos, balanza, etc., es decir, en forma de una *mancipatio*; en este caso el testador podía vender su patrimonio por un centavo con efectos suspensivos hasta su muerte e imponiendo al comprador la obligación de repartir parte de sus bienes con terceros (legatarios), pero tenía la inconveniencia de que no era revocable y también poseía una amplia publicidad.

En el derecho pretorio, el pretor concedía la *bonorum possessio* a las personas indicadas en la *tabulae*, firmada por el testador y siete testigos.

Después se introduce una nueva forma de testamento, el "tripartito", que se componía de tres partes: a) el texto; b) la *subscriptio* de los siete testigos, y c) los sellos de los testigos fuera, sobre el testamento cerrado y plegado. Este testamento se hacía en un solo acto, sin interrupciones, pero se podía dejar abierta la institución del heredero, refiriéndose para esto a otro documento posterior.

En torno a este testamento central encontramos muchas formas especiales como las siguientes:

1º.- *Testamentum militare*, que podía hacerse con sangre dentro del escudo y con la espada en la arena, un solo testigo bastaba; servía únicamente en tiempos de guerra y tenía validez hasta por un año después de que el soldado se había separado honrosamente del ejército; en caso de despido "*ignominiae causa*", el testamento perdía inmediatamente su validez.

2º.- El testamento de padre a favor de sus hijos, que podía ser verbal y entonces bastaban dos testigos; en caso de ser escrito, bastaba una declaración ológrafa sin testigos.

3º.- El testamento hecho en el campo por la dificultad de encontrar ciudadanos libres que pudieran ser testigos; bastaban en este caso cinco testigos.

4º.- El testamento hecho en época de peste: Para disminuir el peligro de contagio los testigos podían venir a firmar en visitas sucesivas de manera que este testamento no se hacía en un solo acto.

5º.- Testamentum tripartitum.

6º.- *Testamentum apud acta conditum*, hecho con intervención de una autoridad de fe pública y conservado por ella en sus archivos.

7º.- *Testamentum principi oblatum*, depositado en poder del emperador para ser guardado en el archivo del palacio.(3)

Para que el testamento fuera válido debería reunir los requisitos de forma, el contenido debía responder a ciertas normas y también era necesario que fueran capaces el testador de hacerlo, el heredero y legatario de recibir lo que heredaron y los testigos de fungir como tales.

(3) Cfr. Floris Margadant, S. Guillermo. El Derecho Privado Romano. Ed. Esfinge, S.A. de C.V. México. 14a. ed.; 1989. págs. 469 y sig.

Los testamentos podían ser revocados de la siguiente manera:

- a) Por la confección de un nuevo testamento, aunque éste fuera parcial.
- b) Por la destrucción del documento, siempre y cuando fuere intencionada.
- c) Por revocación formal en un acto solemne (con testigos o ante alguna autoridad).

"Se entiende por legado una disposición *mortis causa* incluido en un testamento -o en un codicilo confirmado- con cargo al heredero instituido de que realice o permita realizar una transmisión a título singular a otra persona llamada legatario".(4)

El legatario sólo podía ser designado por testamento. Se trataba de una persona que recibía una liberalidad por testamento, que le era transmitida a título particular, mientras que el heredero recibía la herencia a título universal. El heredero debía contar con la *testamenti factio passiva*. Una ventaja del legado era que se le podía individualizar un beneficio a una persona y otra era que se podía determinar de antemano la cuantía sin necesidad de heredar un porcentaje determinado de la herencia.

Existían cuatro formas de legado:

(4) Di Pietro, Alfredo. Manual de Derecho Romano. Ed. Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1991. pág. 436.

1º.- El legado *per vindicationem*, en cuyo caso el testador concedía directamente al legatario la propiedad quiritaria sobre determinado bien, siempre que el bien perteneciera al testador en el momento de hacer su testamento, que perteneciera al testador al momento de abrirse la sucesión o que el testador tuviera sobre él la propiedad quiritaria.

2º.- El legado *per dominationem*, que se podía referir a bienes que nunca estuvieron en el patrimonio del testador. En este caso el heredero tenía la obligación de adquirirlo y en caso de imposibilidad debía entregar al legatario su valor pecuniario.

3º.- El legado *per praeceptionem*, que 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 cual el testador no tuviera más que la propiedad bonitaria.

b) Más restringido, porque el legatario debía pertenecer al grupo de los herederos. Antes de la división de la herencia podía tomar determinado objeto perteneciente a la sucesión.

4º.- Legado *sinendi modo*, en el cual el legatario tenía una acción de carácter personal para reclamar la entrega, pero el objeto de este legado se limitaba a los bienes pertenecientes a la sucesión o al heredero.

El objeto del legado podía consistir en ventajas de toda índole, ser un bien

tangible a título particular o universal. También se podía ofrecer una opción entre varios objetos, derechos de usufructo, habitación, uso, servidumbre, etc.

B.- Derecho Alemán.

"Los derechos germánicos parten de una sucesión hereditaria exclusivamente familiar, que va transformándose en un derecho sucesorio *strictu sensu* paralelamente a la transformación de la propiedad colectiva, primero de la Sippe y luego de la familia, en propiedad privada. He aquí que la sucesión de los bienes muebles aparece antes que en los inmuebles".(5)

El derecho sucesorio del Código Civil alemán se basa en tres principios: el de la sucesión universal, el de la libertad de testar y el de la sucesión familiar.

El principio de sucesión universal nos dice que todo fallecido debe tener un sucesor universal, a quien pasan su patrimonio y obligaciones como un todo. Al respecto hay que considerar tres puntos:

a) En la duda, pasan al heredero todos los derechos que el de cujus poseía en el momento de su muerte y en la duda también responde de todas las obligaciones del de cujus.

b) La sucesión es unitaria para todo el patrimonio, debido a que no se utilizan una legislación o ley para cada uno de los bienes, ya se trate de bienes raíces o muebles o de patrimonio mercantil.

c) La sucesión jurídica en el patrimonio del de cujus se produce de pleno

(5) Lacruz, José Luis. Derecho de Sucesiones. Ed. Bosch. Barcelona, España. 1961. pág. 22

derecho; no es necesaria transmisión alguna de los derechos singulares ni asunción de las distintas obligaciones.

El principio de la libertad de testar significa que el de cujus puede decidir por vía de disposición negocial a quién debe pasar su patrimonio después de su muerte. Puede designar a su heredero, así como también atribuir objetos singulares de su patrimonio a determinadas personas y tomar disposiciones acerca de la administración de su patrimonio; la libertad de testar corresponde en el derecho contractual a la autonomía privada.

El principio de la sucesión familiar se basa en que el patrimonio del muerto corresponde a sus parientes consanguíneos más próximos, o en su caso, a su cónyuge. Este punto de vista constituye la base de la sucesión legal.

La sucesión legal se da cuando no existe disposición testamentaria o ésta es ineficaz. La ley llama a los parientes consanguíneos y a su cónyuge. Si no existen parientes, la sucesión corresponde al fisco en el último lugar.

La determinación de los parientes con derecho a suceder se basa fundamentalmente en la afinidad de sangre. El Código Civil alemán toma el llamado sistema de parentelas. Este sistema llama en primer lugar a los descendientes del de cujus y sus descendientes; luego a los abuelos y sus descendientes, etc. Los ascendientes del orden siguiente, junto con sus descendientes, forman cada vez una parentela.

El derecho sucesorio del cónyuge depende del régimen de bienes en que hayan vivido los cónyuges. Hay que distinguir entre el derecho sucesorio

conyugal que se rige por el derecho general y el derecho conyugal incrementado.

La regulación general en el artículo 1931 del Código Civil dice: "el derecho sucesorio legal normal rige en los casos en que los cónyuges, a la muerte del causante, no vivían en el régimen de comunidad incrementado, sea porque hubieran establecido un régimen distinto por medio de un contrato matrimonial, sea que la comunidad de incremento hubiera sido terminada antes de tiempo. Entonces el cónyuge recibe la cuota normal sin aumento.

La sucesión incrementada entra en vigor en los casos en que los cónyuges han vivido en el régimen legal de la comunidad de incremento. Conforme a esto, la cuota hereditaria legal de los que en virtud de la ley son llamados en concurrencia con el cónyuge, quedan disminuídas proporcionalmente; la cuota hereditaria normal del cónyuge, si concurre con descendientes del muerto, aumenta un cuarto; si concurre con padres y descendientes o con abuelos, aumenta la mitad: a falta de abuelo o abuela, el cónyuge recibe la otra mitad que hubiera correspondido a los descendientes de éste.

Derecho de legitima es el derecho que tienen los ascendientes, descendientes y el cónyuge del de cujus de reclamar la mitad de la herencia instituida por el de cujus. Este derecho se ejercita cuando el de cujus ha dejado fuera de la sucesión a alguno de los anteriores.

Si el titular de la legitima está designado con un legado, puede exigir la legitima si renuncia al legado.

El derecho alemán establece que son indignas para suceder las siguientes personas:

1º.- Quien dolosa y antijurídicamente ha matado o intentado matar al de cujus o le coloca en una situación que lo hace incapaz hasta su fallecimiento para invalidar u otorgar una disposición por causa de muerte.

2º.- Quien dolosamente impida al de cujus otorgar o invalidar una disposición por causa de muerte.

3º.- Quien por engaño doloso o mediante intimidación ha obligado al de cujus a otorgar o invalidar una disposición por causa de muerte.

4º.- Quien en relaciones con una disposición por causa de muerte del causante se ha hecho culpable de un acto punible.

La ley establece que el testador sólo puede otorgar testamento personalmente. El testamento puede ser otorgado en forma ordinaria ante un juez o ante un notario y mediante una declaración escrita y firmada por el testador, con indicación del lugar y día. Para el otorgamiento de testamento el juez debe convocar a un escribano judicial o a dos testigos y el notario a otro notario o a dos testigos.

El otorgamiento del testamento se realiza de forma que el causante declare oralmente al juez o notario su última voluntad o le otorgue un escrito con la declaración oral de que dicho escrito contiene su última voluntad. El testamento debe estar redactado en idioma alemán.

El acta o escritura en que conste el testamento debe contener lugar y día del acto, designación del testador y las personas que intervinieron en el acto. En el caso de la entrega de un escrito, la constancia de la entrega.

Hay testamentos especiales que se pueden otorgar en circunstancias extraordinarias como son: cuando se teme que vaya a morir y no haya notario o juez, se puede otorgar ante la primera autoridad del municipio y dos testigos; cuando por causas de enfermedad o por encontrarse aislado se puede otorgar como el anterior o mediante declaración oral ante tres testigos, si se elige esta última forma debe redactarse un acta donde conste el otorgamiento del testamento; en un viaje por mar en un buque alemán no perteneciente a la marina, se otorga por declaración oral ante tres testigos. Estos testamentos caducan a los tres meses de su otorgamiento si el otorgante aún vive. El comienzo y el curso del plazo se suspende mientras el otorgante no esté en condiciones de otorgar testamento ante un notario o juez.

El legado: en su forma típica sirve para la atribución de determinados objetos singulares y da lugar a un correspondiente crédito contra el heredero; con el modo, el testador puede imponer al heredero la obligación de emplear una parte de la herencia para fines perfectamente definidos.

El modo es una carga que puede imponer el testador al legatario o heredero y si no cumple con el modo establecido, trae como consecuencia la ineficacia de la atribución hecha.

Cabe mencionar que es el ejecutor testamentario un agente fiduciario instituido por el testador que pone en práctica las disposiciones de última

voluntad de éste, y en determinadas circunstancias administra la herencia para los herederos.(6)

(6) Cfr. Ludwin Enneccerus, Theodor Kipp. Derecho de Sucesiones. Ed. Bosch. Madrid, España. 1950. Tomo V, vol. I, págs. 3 y sig.

C.- Derecho Francés.

El fundamento de la sucesión en el Derecho Francés se basa en la necesidad de que los bienes no sólo estén afectados al sostenimiento de la familia, ya que los hijos crean nuevas familias que proseguirán la obra comenzada por las generaciones precedentes. Para ello es necesario que reciban los bienes familiares, asegurando así la unidad entre las familias que se suceden.

Tomando en cuenta lo anterior, la ley dispone que los ascendientes y descendientes tengan derecho a una parte de la herencia llamada "reserva hereditaria". La parte de la que puede disponer el testador en forma libre se llama "cuota disponible", que varía de una a tres cuartas partes. Cuando no hay ninguno de los herederos mencionados, todos los bienes son disponibles libremente.

La palabra sucesión se toma en dos sentidos:

- a) Designa las transmisiones por causa de muerte: la transferencia de los bienes del difunto (de cujus) a sus sucesores.

- b) Designa igualmente el patrimonio transmitido. Se dice que un heredero recibe la sucesión del de cujus.

Existen dos clases de sucesiones:

1º.- La sucesión *ab intestato*, que se rige por la ley a falta de voluntad del de cujus, ya sea porque haya omitido expresarla o porque no surta efectos. Los sucesores son llamados herederos o herederos *ab intestato*. Estos son llamados a recoger la universalidad del patrimonio del de cujus y entonces son causahabientes universales; en otros casos, sólo una parte de ese patrimonio.

2º.- La sucesión testamentaria es la que se rige por la voluntad del difunto, expresada en un testamento válido. Las personas designadas por el testador para recibir los bienes se denominan legatarios. El legatario universal es aquél que es llamado al conjunto del patrimonio. El legatario a título universal es el llamado a una cuota parte (la mitad, un tercio, etc.) del patrimonio; el legatario singular es aquél que recibe uno o varios bienes determinados.

Para asegurar la perfecta protección del patrimonio familiar, el legislador debe regular la transmisión de los bienes *ab intestato*, cuidando que los bienes sean adjudicados a las personas que perpetúan la familia. El legislador debe asimismo restringir la facultad del de cujus para disponer libremente a título gratuito de su patrimonio. Las liberalidades entre vivos y testamentarias constituyen un peligro; de ahí que las reglas referentes a la legítima y a la parte de libre disposición constituya una limitación a la libertad de disponer a título gratuito.

Se pueden transmitir los bienes mediante declaración unilateral de voluntad expresada en un testamento, pero cuando se dejen parientes muy cercanos, (descendientes o ascendientes) la ley les asegura una parte de la sucesión. La voluntad del de cujus no surte efectos sino por la parte de libre disposición.

Incluso cuando el de cujus haya hecho testamento es posible que sea la ley la que regule la transmisión de una parte de la sucesión (la legítima).

Por otra parte, cuando el de cujus no haya hecho testamento o cuando éste sea nulo o ineficaz, es la ley la que determina a quiénes se transmitirán los bienes del de cujus. Se dice entonces que se trata de una sucesión *ab intestato* y se entiende que es una transmisión de bienes hecha fuera de la voluntad del difunto.

La ley establece que no tienen derecho a la herencia aquéllos que sean considerados indignos. La indignidad se establece según el artículo 727 del Código Civil, en los siguientes casos:

1) El que sea condenado por haber dado o intentado dar muerte al difunto. En este caso existen dos variantes: que la muerte sea violenta o una tentativa de homicidio y/o que exista condena.

2) El que haya dirigido contra el difunto una acusación capital juzgada calumniosa. Aquí también es necesario que exista sentencia condenatoria contra el calumniador.

3) El heredero mayor de edad que conocedor de la muerte violenta del difunto no lo hubiera denunciado a la justicia.

Cabe mencionar que la indignidad para suceder sólo opera en relación directa con la sucesión de aquél contra quien se realizaron los actos de

indignidad. Por ejemplo: un hijo que da muerte a su padre no tiene derecho a la sucesión de éste, pero sí a la de su abuelo.

En el Derecho Francés el testamento es un acto jurídico unilateral y solemne que surte efectos hasta morir el testador y es esencialmente revocable.

Existen tres clases de testamentos: auténtico, ológrafo y cerrado, con reglas comunes a todos ellos: La primera es que conste en un documento escrito y la segunda es que dos personas no pueden testar en un mismo documento.

Clases de Testamentos

Testamento Ológrafo: Es un acto solemne, ya que requiere de tres formalidades de rigor: debe ser escrito por entero, firmado y fechado de puño y letra del testador (Art. 970 del C.C.) En su elaboración no es necesario el uso de papel sellado, son válidas las tachaduras o las enmiendas del documento hechas por el testador en el momento de la redacción del testamento; el testador tiene derecho a utilizar una lengua extrarijera o un dialecto que él comprenda.

Las ventajas del testamento ológrafo radican en que es rigurosamente secreto y muy práctico, ya que se puede otorgar en cualquier lugar y no implica gasto alguno. Sus desventajas consisten en que las presiones y la captación no se evitan y se pueden cometer algunas falsedades. Los peligros de pérdida o destrucción, sobre todo por parte de algún heredero, son considerables y, por último, por haber realizado el testamento por sí solo, el testador expresa con

frecuencia mal su voluntad y ésta puede ser deformada por la interpretación judicial.

Este testamento, como toda clase de documentos, no debería tener ninguna fuerza probatoria mientras no haya sido reconocida o verificada la letra del testador (Arts. 1323 y 1324 del C.C.); la jurisprudencia obliga al legatario a presentar pruebas sobre la autenticidad de la letra y de la firma contra el heredero, pero introduce una variante cuando el testamento se invoque por el legatario universal que reúna los requisitos de los artículos 1006 y 1008 del Código Civil; es, decir, que cuenta de pleno derecho con la posesión de los bienes de la sucesión a falta de heredero legítimo, y que haya obtenido una providencia de entregar la posesión por el presidente del tribunal.

A la muerte del testador, la persona que encuentre o tenga en su poder un testamento ológrafo, debe presentarlo al presidente del tribunal civil del distrito del lugar del fallecido. El presidente abrirá el testamento y describirá su estado en un acta y dispondrá su depósito en poder de algún notario al que comisionará al efecto (Art. 1700 del C.C.); esta formalidad, cuyo objeto es la conservación del testamento, no tiene pena de nulidad, pero debe ser previa a todo cumplimiento testamentario.

Testamento Auténtico: se otorga ante dos notarios o ante un notario asistido de dos testigos.

Sus ventajas radican en que presenta excepcionales garantías para la protección de la voluntad del testador, ya que las presiones de los que lo

rodean no son de temer; la redacción es la adecuada, evitando que tenga vicios y su conservación está asegurada, pues no hay riesgo de destrucción.

Las formalidades de este testamento son que se otorgue ante dos notarios o un notario y dos testigos, los testigos deben ser franceses y mayores de edad, saber firmar y estar en ejercicio de sus derechos civiles, no pueden ser testigos marido y mujer en el mismo testamento, los legatarios ni sus parientes consanguíneos, así como tampoco los amanuenses del notario. El testador dicta su testamento al notario, de ahí que este tipo de testamento esté prohibido a los mudos. El notario escribe por sí mismo o hace que se escriba a mano o a máquina; debe ser redactado en francés, incluso si se ha dictado en idioma extranjero, pero en este caso el texto en lengua extranjera debe agregarse al documento; a continuación el testamento se lee al testador y debe insertarse la mención del cumplimiento de esas formalidades.

Testamento Cerrado; se escribe por el testador o por un tercero, a mano o a máquina y se firma por el testador, salvo declaración ulterior de no saber firmar. Después se presenta cerrado y sellado al notario y dos testigos. El testador declara que el contenido es su testamento y en caso de no haberlo escrito por sí mismo, que ha verificado personalmente el escrito, de lo cual resulta que sólo pueden testar en esta forma las personas que sepan leer. Una vez que se presenta el testamento ante notario, éste levanta un acta de suscripción. Esta acta contiene la mención de su fecha, el lugar donde se levanta, la descripción del pliego y del sello que le cierra y se firma por el testador, el notario y los dos testigos. En su caso, el acta mencionará la declaración del testador de no saber firmar. Todas estas formalidades se realizan en forma ininterrumpida.

Testamento Privilegiado: es aquél que se realiza en el ejército, en casos de enfermedad contagiosa, en una isla o en el curso de un viaje por mar. Está sometido a una regla general que establece su caducidad en seis meses después de que el testador haya vuelto a encontrarse en una situación normal que le permita acudir ante notario. Requiere formalidades particulares bajo pena de nulidad: Debe otorgarse ante uno o dos oficiales, para los militares; ante un juez de instancia o los funcionarios municipales en las islas carentes de comunicación con el continente o en las regiones que sufran epidemia y, por último, ante los comandantes de los buques en el mar. Se realizan por duplicado para asegurar su conservación.

Legados: El legado es una disposición testamentaria por la cual se designa a la persona o a las personas que a la muerte del testador se beneficiarán, ya sea con la totalidad o de una parte alícuota de su patrimonio o de ciertos bienes determinados.

El Código Civil conoce tres categorías de legados: universales, a título universal y a título singular. Existen reglas comunes a las tres clases de legados: la primera es en relación a la designación del legatario y la ley dispone que no se requiere ninguna fórmula sacramental en la designación; basta que la voluntad esté manifestada en los términos empleados regularmente. No se puede designar como legatario a una persona indeterminada o futura, pero es suficiente que la persona haya nacido al momento de la apertura de la sucesión. La ley prohíbe que el testador designe en su testamento a un tercero que se encargue de elegir a sus legatarios.

El legado tiene estas tres modalidades:

1º.- Legado a término, en donde el legatario a término es titular de los derechos del difunto desde el día de la apertura de la sucesión; sólo se retrasa el cumplimiento si el testador hubiese dispuesto que se entregara el legado cuando el legatario cumpliera la mayoría de edad.

2º.- Legado bajo condición resolutoria, que es susceptible de ser invalidado retroactivamente por el cumplimiento de la condición. Ejemplo: "Mi legado quedará revocado si el legatario se vuelve a casar".

3º.- Legado bajo condición suspensiva, cuando el legatario no se convierte en propietario o en acreedor, sino hasta que la condición se realiza. Este derecho eventual no es transmisible. Caduca si el legatario muere antes de realizar la condición.(7)

(7) Mazeaud Henri, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Ed. Depalma. Buenos Aires, Argentina.

D.- Derecho Español.

La doctrina española define la sucesión de la siguiente manera: "Sucesión es subentrar una persona en el puesto de otra, en una relación jurídica que no obstante tal transmisión sigue siendo la misma. No basta, pues, para que exista sucesión en sentido técnico, que una o más personas ocupen el puesto que antes ha tenido otra como título de una relación jurídica activa o pasiva o de un complejo de relaciones: es así mismo necesario que al cambio de sujeto no acompañe la extinción de la relación antigua y la creación de otra nueva".(8)

El derecho de sucesiones regula el destino de las relaciones jurídicas transmisibles de una persona fallecida. El artículo 609.2 del Código Civil declara que las sucesiones testada e intestada son los medios de adquirir y transmitir la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes.

Según el Art. 659 del Código Civil, la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte. El Art. 661 añade que los herederos suceden al difunto por el solo hecho de su muerte, en todos sus derechos y obligaciones. Según el Art. 660 es heredero el que sucede a título universal y legatario el que sucede a título particular, por eso el Art. 768 señala que el heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario.

(8) Lacruz, José Luis. Derecho de Sucesiones Ed. Bach. Barcelona, España. 1961. pág. 7

"El derecho español establece la "legítima" que es el derecho que asiste a los familiares más cercanos de participar de la herencia del fallecido en una porción determinada de la cual el de cujus no puede disponer libremente".

Art. 808.- Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre.

Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes

Art. 809.- Constituye la legítima de los padres o ascendientes la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes, salvo el caso en que concurriesen con el cónyuge viudo del descendiente causante en cuyo supuesto será de una tercera parte de la herencia.

La legítima surte efectos ya sea en sucesiones intestadas y testadas en parte; cuando sean testadas y no se cumpla completamente con la legítima; en estos casos es la ley la que aplica la herencia conforme lo establece la legítima".(9)

En relación con la figura del legado debemos distinguir dos clases:

Legatario de cosa cierta y determinada: el testador puede designar heredero a una persona a base de atribuir concretamente al favorecido una serie de

(9) Cfr. Roca-Sastre, Muncunill. Derecho de Sucesiones. Ed. Bosch, S.A. España, 1991. Tomo II, págs. 131 y sig.

valiosos objetos dejando un pequeño remanente fuera, y por ese remanente se tendría que abrir una sucesión intestada; lo mismo sucedería si fueran varios legatarios y alguno repudiara el legado y el testamento no previera esta situación.

Legado de parte alícuota: en esta clase de legado el legatario ha de recibir una fracción del activo hereditario; tiene los siguientes derechos: pedir la anotación preventiva de su derecho hereditario; tiene derecho a solicitar el juicio de testamentaria excepto en el caso de que el testador se lo haya prohibido; tiene derecho a participar en la partición, intervenir en las operaciones de avalúo, liquidación y aprobación del valor de la herencia pero no podrá discutir la composición de lo que se le adjudique.

Cuando toda la herencia ha sido repartida en cuotas, si una de éstas queda vacante no acrecerá las otras partes, sino que pasará a los herederos *ab intestato*.

El fallecimiento de una persona es el momento inicial del proceso que conduce a que unos bienes, derechos y obligaciones pasen a uno o varios herederos. La apertura de la herencia no siempre coincide con el llamamiento, ya que éste se refiere a personas determinadas cuyo derecho puede quedar pendiente de un hecho futuro o incierto; sólo existe una apertura de la sucesión pero pueden existir varias delaciones o llamamientos de herederos, ya que se puede frustrar la posibilidad de los que fueron llamados en primer lugar.

Existen dos grupos de causas determinantes de la incapacidad referidas a la sucesión testada. Corresponden al primer grupo las siguientes disposiciones:

No producirán efecto las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad en favor del sacerdote que en ella le hubiere confesado, de los parientes del mismo dentro del cuarto grado o de su iglesia, cabildo, comunidad o instituto. (Art. 725).

Tampoco surtirán efecto las disposiciones testamentarias del pupilo a favor de su tutor, hecha antes de haber aprobado la cuenta definitiva de éste, aunque el testador muera después de su aprobación. Serán, sin embargo, válidas las disposiciones que el pupilo hiciere en favor del tutor que sea su ascendiente, descendiente, hermano o cónyuge. (Art. 753).

El testador no podrá disponer de todo o parte de su herencia en favor del notario que autorice su testamento, excepto cuando se trate de un legado de poca importancia en relación con el caudal hereditario; la misma prohibición es aplicable a los testigos del testamento abierto otorgado con o sin notario. (Art. 682.2, 754.1, 754.2 y 754.3).

Al segundo grupo de prohibiciones fundadas en una actitud poco considerada o desfavorable del excluído respecto del causante, pertenecen los siguientes:

El tutor designado en testamento que se excuse de la tutela al tiempo de su duración, perderá lo que en consideración al nombramiento le hubiere dejado el testador. (Art. 757).

El albacea que no acepte el cargo o lo renuncie sin justa causa, perderá lo que le hubiere dejado el testador, salvo siempre el derecho que tuviere a la

legítima. (Art. 900).

La ley nos señala en el artículo 756 del Código Civil los que son incapaces para suceder por causa de indignidad:

1º.- Los padres que abandonen, prostituyan o corrompan a sus hijos.

2º.- El que sea condenado en juicio por atentar contra la vida del testador o de su familia.

3º.- El que hubiere acusado al testador por delito al que la ley señale pena no inferior al presidio, cuando la acusación sea calumniosa.

4º.- El heredero mayor de edad que sabedor de la muerte violenta del testador no la hubiere denunciado dentro de un mes a la justicia.

5º.- El que con amenaza, fraude o violencia obligare al testador a hacer testamento o cambiarlo.

6º.- El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento o revocarlo.

Las causas de indignidad dejan de surtir efectos si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento, o si habiéndolo sabido después, las remitiere en documento público.

El Código Civil nos define al testamento en su artículo 667 que dice: "el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus

bienes o de parte de ellos, se llama testamento".

Según el Código Civil, el testamento tiene las siguientes peculiaridades:

Es unipersonal y unilateral (Art. 669); no podrán testar dos o más personas mancomunadamente o en un mismo instrumento, ya lo hagan en beneficio recíproco, ya en beneficio de un tercero.

Es un acto personalísimo (Art. 670); no podrá dejarse la formación del testamento en todo o en parte a un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario; tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni las porciones en que hayan de sucederle cuando sean instituidos nominalmente.

Es un acto o negocio solemne en el sentido de que la voluntad del testador ha de haberse revestido de algunas de las formas especialmente dispuestas por el código. (Art. 687).

Es un acto esencialmente revocable (Art. 737.1); todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas.

La capacidad para otorgar testamento, como regla general, la establece el artículo 662 del Código Civil: "Pueden testar todos aquéllos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente". La incapacidad absoluta para testar la determina el artículo 663: "Están incapacitados para testar: 1º.- Los menores de catorce años de uno y otro sexo. 2º.- El que habitual o accidentalmente no se hallare en su

cabal juicio. Cabe mencionar que este último puede otorgar testamento en un intervalo lúcido (Art. 665).

El único caso de imposibilidad absoluta para testar es el de los sordomudos que no sepan leer ni escribir, ya que les es imposible cubrir las formalidades de alguno de los testamentos que marca la ley.

Clases de Testamento: el Código Civil se refiere a la forma del testamento en los artículos 676 y siguientes; dice que el testamento puede ser común o especial y que el primero puede ser ológrafo, abierto o cerrado; como testamentos especiales regula el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero. Pero además, al regular el testamento común abierto incluye como variantes el testamento del que fuere enteramente sordo (Art. 697); el del ciego (Art. 698); el del que se hallare en inminente peligro de muerte (Art. 700) y el otorgado en tiempo de epidemia (Art. 701). Como variantes del testamento cerrado común, regula el de los sordomudos y el de los que no pueden hablar pero sí escribir (Art. 709). También son variantes del testamento abierto el del incapacitado por enajenación mental otorgado en intervalo de lucidez (Art. 665) y el otorgado en lengua extranjera (Art. 684).(10)

(10) Cfr. Puig Bratau, José. Compendio de Derecho Civil. Ed. Bosch, S.A. España, 1980. Vol. IV; págs. 226 y sig.

E.- Derecho Mexicano.

Código Civil de 1870

Fue realizado por el doctor Justo Sierra por instrucciones del licenciado Benito Juárez; el proyecto se terminó en 1860, después de tres años de trabajo, tomando como modelo el Código Civil Español, siguiendo en algunas partes el Código de Napoleón, pero debido a las turbulencias de la época, entró en vigor hasta el año de 1870.

En materia de sucesiones adoptó la doctrina que atribuía a los herederos la representación del autor de la sucesión; en el artículo 3367 declaraba que el heredero representa a la persona del autor de la herencia. Cabe mencionar que esta palabra es equivocada, porque para hablar de representación es necesario que viva quien la otorga.

Otro aspecto importante que trata este código es el relativo a la falta de certeza del momento preciso en el que había operado la muerte de diversas personas que pudieran ser sucesoras unas de otras; la doctrina y la ley llama a estas personas "comurientes". El artículo 3370 dice que si el autor de la herencia y sus herederos o legatarios perecieran en el mismo desastre o el mismo día, sin que se pudiera asegurar quiénes murieron antes, se tendrían todos por muertos al mismo tiempo y no habría lugar entre ellos a la transmisión de la herencia o legado.

Otra peculiaridad de este código es la legítima, que la describía el artículo 3460 como la porción de bienes destinada por la ley a los herederos en línea

recta, ascendente o descendente. El artículo 3461 establecía que el testador no podía privar a sus herederos de dicha legítima, sino en los casos expresamente designados por la ley, especificándose que no admitía gravamen, condición ni sustitución de ninguna especie. La legítima estaba cuantificada en las cuatro quintas partes de los bienes; si el testador sólo dejaba descendientes legítimos o legitimados; en dos tercios, si sólo dejaba hijos naturales, y en la mitad, si sólo dejaba hijos espurios (ilegítimos); si el autor de la herencia, al tiempo de su muerte no tuviere hijos pero sí madre o padre vivos, la legítima de éstos sería de dos tercios de la herencia. (Arts. 3462 al 3466).

Este código reconoció el derecho a heredar *ab intestato* de los parientes hasta el octavo grado.

El artículo 3374 define al testamento como el acto por el cual una persona disponía para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos. Se declaraba al testamento como un acto personal que no podía desempeñarse por procurador y prohibía que testaran en un mismo acto dos o más personas.

Establecía que el testamento público es el que se otorga ante notario y testigos idóneos y se extendía en papel de sello correspondiente. Testamento privado era el que se otorgaba ante testigos idóneos sin intervención del notario, pudiendo extenderse o no en papel sellado. (Arts. 3750 y 3751).

El testamento público podía ser abierto o cerrado y el privado sólo podía ser abierto; existían además otros testamentos: El militar, el marítimo y el hecho en

país extranjero.(11)

Código Civil de 1884

Este código desaparece el derecho de legítima estableciendo la libertad de testamentación, pero en caso de no existir testamento deja que la ley supletoriamente, a su voluntad, llame a los parientes más cercanos (se llamaba a los parientes hasta de octavo grado).

Define al testamento como 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.

Clasifica a los testamentos desde el punto de vista de su forma y los divide en ordinarios o especiales. Dentro de los ordinarios están el público abierto, el público cerrado y el ológrafo, que constituye la innovación en esta materia. Como testamentos especiales tenemos el privado, el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero.

El testamento se consideraba inoficioso cuando el testador no cumplía en éste con la obligación de dar alimentos a sus hijos menores de veintiún años si son varones y de cualquier edad si son mujeres, siempre que no hayan contraído matrimonio y vivan honestamente; también debían dejarse alimentos

(11) Cfr. Bañuelos Sánchez, Froylán. Derecho Notarial. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1984. 3a. ed.; pág. 441.

al cónyuge supérstite, a sus ascendientes, a su concubina y a sus hermanas o primos y a los colaterales siempre que sean menores de dieciocho años y no tengan bienes para subvenir a sus necesidades. El que se encontrara dentro de este supuesto tendría derecho a que se le otorgara la pensión que le concede la ley; pero en todo lo demás subsistiría el testamento.

En relación al testamento, este código lo define en doce artículos que citamos textualmente:

3237.- El acto por el cual una persona dispone para después de la muerte de todos sus bienes o partes de ellos, se llama testamento.

3238.- El testamento es un acto personal que no puede desempeñarse por procurador.

3239.- No puede dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios ni la designación de las cantidades que a ellos correspondan, cuando son instituidos nominalmente.

3240.- Puede el testador cometer a un tercero la distribución de las cantidades que deje a clases determinadas, como parientes, pobres, huérfanos, etc. y la elección de las personas a quienes aquéllas deban aplicarse.

3241.- Puede también cometer a un tercero la elección de objetos o establecimientos públicos o de beneficencia a los que deja sus bienes y la distribución de las cantidades que a cada uno corresponda.

3242.- La disposición vaga en favor de parientes del testador se entenderá hecha en favor de los más próximos según el orden de la sucesión legítima.

3243.- La expresión de una falsa causa será considerada como no escrita; a no ser que del mismo testamento resulte que el testador no había hecho aquella disposición conociendo la falsedad de la causa.

3244.- La expresión de una causa contraria a derecho, aunque ésta sea verdadera, se tendrá por no escrita.

3245.- La designación de día o de tiempo en que deba comenzar o cesar la institución de heredero se tendrá por no escrita.

3246.- No pueden testar en el mismo acto dos o más personas, ya en provecho recíproco, ya en favor de un tercero.

3247.- En caso de duda sobre la inteligencia de una disposición testamentaria se observará lo que parezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del testamento y la prueba auxiliar que a este respecto pueda rendirse.

3248.- Si el testamento abierto, sea público o privado, se pierde por un evento desconocido del testador o por haber sido ocultado por otra persona, los interesados podrán exigir su cumplimiento si demuestran debidamente el hecho de la pérdida u ocultación, y lo contenido en el mismo testamento.(12)

(12) Bañuelos Sánchez, Froylán. Ob. cit. pág. 443.

Código Civil de 1928

En materia de sucesiones se adoptó la forma testamentaria y la legítima. Por lo que toca a la sucesión legítima, el derecho a heredar se limita hasta el cuarto grado de la línea colateral.

En materia de testamentos no hubo modificación. Solamente se estableció que el testamento ológrafo debía hacerse por duplicado y una de las copias de éste debía depositarse en el Registro Público de la Propiedad y la otra la guardaba el testador o el funcionario que autorizaba y sellaba la cubierta del testamento.

También se estableció la incapacidad legal de los ministros de los cultos para ser herederos por testamento, de los particulares con quienes tengan parentesco dentro del cuarto grado, aumentándose esta incapacidad al cónyuge, ascendientes o descendientes y hermanos de los ministros.

Se estableció el derecho de la concubina que tuviera hijos o que haya vivido con el testador los últimos cinco años a participar en la herencia legítima, siempre y cuando ambos estuvieren libres de matrimonio.

Con relación a la figura del albacea se estableció que aquél que lo ejerciera debería caucionar su manejo a efecto de que no prolongara indefinidamente el juicio sucesorio. Se concedió también a los herederos el derecho de revocar libremente el nombramiento de albacea y de nombrar interventor en los juicios sucesorios a efecto de que cuidara los intereses de las minorías.

Se determinó la diferencia entre heredero y legatario, fijándose la responsabilidad de uno y otro.(13)

En relación a los testamentos, se reducen a diez los artículos que los reglamentan, del artículo 1295 al 1304, los cuales no han cambiado en su redacción hasta la actualidad.

(13) Cfr. Téllez García, Ignacio. Motivos, Colaboración y Concordancia del Nuevo Código Civil Mexicano. Ed. Porrúa. 1965; México. págs. 56 a 58.

CAPITULO II

DEL TESTAMENTO EN GENERAL Y DEL TESTAMENTO

PUBLICO SIMPLIFICADO

A.- Justificación sociojurídica del testamento público simplificado.

La mayor parte de la población es de extracción popular y no considera el otorgamiento de un testamento como algo indispensable. Ello ocasiona que el o los bienes inmuebles que forman un patrimonio queden sin su titular al fallecimiento del propietario, pues un juicio sucesorio intestado implica gastos considerables para la familia, la cual, en la mayoría de los casos deja que pase el tiempo sin regularizar la situación.

De ahí que la finalidad del testamento público simplificado sea la de hacer más accesible el otorgamiento de testamento, ya que permite que se realice en el mismo instrumento donde se consigne la adquisición del bien, o en los casos de regularización, en la misma escritura en que dicha regularización se formalice.

Para dar mayor efectividad a este testamento, se permite que los cónyuges casados bajo el régimen de sociedad conyugal testen en el mismo acto, evitando con ello que el testamento sólo sea por la parte que le correspondiese a uno de los cónyuges y la otra quedase intestada, lo cual sería más problemático para la familia o herederos del testador.

El legislador buscó hacer de este testamento algo realmente ventajoso, pues estableció un procedimiento especial para la aceptación y adjudicación del legado instituido con la intervención del notario.

Sin embargo, a pesar de constituir una figura jurídica novedosa, con muchos aspectos favorables, adolece de varios males que pueden impedir su total desenvolvimiento.

El legislador trata de restringir el uso de esta figura a bienes inmuebles de un valor determinado, pero el monto que la ley establece evita que pueda ser utilizada por un mayor número de personas, aunque de hecho, por tratarse de una figura de reciente creación, aun no es asimilada por la mayoría de los notarios quienes tienen algunas dudas en cuanto a su aplicación. Actualmente se está utilizando casi exclusivamente en inmuebles de interés social.

B.- Concepto.

El código civil define al testamento en el artículo 1295: "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".

Rafael Rojina Villegas lo define así: "El testamento es un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz transmite sus bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte a sus herederos o legatarios, o declara y cumple deberes para después de la misma". (14)

Como elementos de las definiciones anteriores podríamos tomar los siguientes:

1º.- El testamento es un acto jurídico unilateral.

2º.- Es personalísimo, revocable y libre.

3º.- Debe ser otorgado por persona capaz.

4º.- Tiene por objeto la transmisión de bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte o la declaración o cumplimiento de deberes.

El testamento es un acto jurídico tomando en cuenta que el acto jurídico se define como "una manifestación de voluntad que se realiza con el objeto de

(14) Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Ed. Porrúa. México. 1984. Tomo II. pág. 383.

producir determinadas consecuencias de derecho.(15)

El testamento es una manifestación de voluntad que dependiendo de la clase o tipo del mismo se manifiesta en un protocolo notarial o en escrito privado. Su objeto es producir consecuencias de derecho, ya que las disposiciones contenidas en el testamento tienen la finalidad de transmitir bienes, derechos y obligaciones; además se trata de un acto unilateral, ya que es el propio testador a quien corresponde la realización de este acto y la ley prohíbe que en un mismo acto testen dos personas.

Es personalísimo, revocable y libre, toda vez que el testador no puede comisionar o encargar a un tercero el otorgamiento del testamento en su nombre, ni la designación de herederos y legitimarios ni la forma de distribución de los bienes; salvo la excepción contenida en los artículos 1298, 1299 y 1330 del código civil, que establecen que cuando se nombre como herederos o legatarios a un número ilimitado de pobres, huérfanos, ciegos, etc., o a un establecimiento de beneficencia público o privado, se podrá encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que a cada uno corresponda.

Es un acto revocable porque así lo establece la ley. El testador puede revocar en cualquier momento el testamento con uno posterior; en este caso, sería una revocación tácita, ya que el testamento posterior revoca al anterior. Cuando declara de plano que revoca o modifica un testamento, estamos ante la forma expresa.

(15) Bañuelos Sánchez. Froylán. Derecho Notarial. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1984. pág. 360.

Es un acto libre porque no puede obligarse al testador por contrato o convenio a no testar o a testar bajo ciertas condiciones o a favor de persona determinada, de lo contrario, el testamento sería nulo.

Debe ser otorgado por persona capaz; la capacidad es un atributo de la persona, puede ser de goce o de ejercicio, entendiéndose como capacidad de goce la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones; en materia de testamentos, pueden otorgarlo aquéllos que únicamente tengan capacidad de goce, siempre y cuando hayan cumplido los dieciséis años, conforme a lo establecido por el artículo 1306 del código civil, interpretado a *contrario sensu*. Se entiende como capacidad de ejercicio la aptitud que tiene un individuo para hacer valer directamente sus derechos o para cumplir obligaciones; conforme a esto, cualquier persona puede otorgar testamento, con excepción de los menores de dieciséis años, los que habitual o accidentalmente no disfruten de cabal juicio, salvo que el testamento sea otorgado en un momento de lucidez y conforme a los requisitos que la ley marca.

"Tiene por objeto la transmisión de bienes, derechos y obligaciones o cumplimiento de deberes; tanto en el testamento como en el contrato, se crean, transfieren, modifican o extinguen derechos y obligaciones. El testador, al ejecutar su última voluntad y manifestar su contenido, crea el testamento al disponer de sus bienes, derechos y obligaciones y con libre albedrío los transmite a diferentes personas. Esa transmisión modifica su patrimonio y se extinguen derechos y obligaciones en virtud de que el testador puede imponer liberalidades, como un perdón de deuda, incluso de un crédito hipotecario, etc. Puede tener por objeto también la declaración y cumplimiento de deberes, como

reconocer a un hijo, nombrar un tutor, etc."(16)

TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO: Según el artículo 1549 bis del código civil, 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 haga constar 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 un acto posterior.

Tomando en cuenta las características de la definición de testamento que mencionamos anteriormente, podemos concluir que el testamento público simplificado es un acto jurídico unilaterales, ya que su contenido producirá consecuencias de derecho y es otorgado por una declaración de voluntad del propio testador; es un acto personalísimo, revocable y libre, porque el testador no puede dejar al arbitrio de un tercero la determinación del o de los legatarios que heredarán la propiedad; es revocable, toda vez que uno posterior, o la declaración expresa de su revocación lo dejaría sin efecto; es libre, ya que no se le puede obligar a testar en una forma determinada, a favor de alguien en especial, por contrato o convenio; debe ser otorgado por persona capaz, que no sea menor de dieciséis años o esté afectada de sus facultades mentales; por último, este tipo de testamento únicamente tiene por objeto la transmisión de un bien inmueble.

(16) Cfr. Bañuelos Sánchez, Froylán. Derecho Notarial. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1984. 3a. ed.; pág. 457.

1º.- Elementos de existencia y validez.

Un testamento es un acto jurídico, entendiéndolo el acto jurídico "como la manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico".(17). En este sentido, el testamento es una manifestación de voluntad del testador que produce consecuencias de derecho puesto que puede dejar a sus herederos o legatarios bienes, derechos o deudas y que al ser transmitidas vía sucesión producen consecuencias de derecho.

El testamento como acto jurídico tiene los siguientes elementos:

Los elementos de existencia del testamento son los siguientes:

- 1º.- Manifestación de la voluntad.
- 2º.- Objeto.
- 3º.- Solemnidad.

Manifestación de la voluntad: Si no hay manifestación de la voluntad no hay testamento, entendiéndolo esto en dos sentidos: Primero, como una falta absoluta de disposición testamentaria por cuanto una persona manifieste haber hecho testamento, pero éste no sea reconocido por la norma jurídica como tal, o bien, puede no existir la manifestación de la voluntad desde el punto de vista jurídico por tratarse de un enajenado mental, privado totalmente de voluntad, de un sujeto en completo estado de ebriedad o de un niño. La manifestación de voluntad debe ser hecha de una forma expresa; no se acepta manifestación de

(17) Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Ed. Porrúa. México. 1962. Pág. 115.

la voluntad tácita que se pretenda deducir de hechos ni tampoco puede el testador expresar su voluntad mediante señales o monosílabos o respuestas a preguntas que se le hagan al testador cuando se encuentra imposibilitado para declarar su voluntad. (Art. 1489 del Código Civil).

Objeto: En el testamento el objeto puede consistir en la institución de heredero o legatario o en la declaración y cumplimiento de ciertos deberes o ejecución de determinados actos jurídicos. Pero cabe mencionar que el testamento existe como tal aún sin la designación de heredero o legatario (Arts. 1378 y 1379 del Código Civil); el objeto en el testamento público simplificado se restringe a uno o varios legatarios.

"Solemnidad: "Este elemento no está mencionado en las definiciones del código. Se entiende por solemnidad aquella forma de los actos jurídicos que se exige no "*ad probationem*" que simplemente son una forma de valer, sino que se requiere "*ad solemnitatem*" para que el acto tenga existencia como tal o sea "forma de ser". El testamento es otro caso que requiere esa forma solemne."

"El código usa esta expresión al hablar de la forma de actos de última voluntad (Art. 1520 del Código Civil) y establece la nulidad del testamento cuando se otorga en contravención a las formas prescritas (Art. 1491 del Código Civil) y en especial del testamento público abierto y del cerrado (Arts. 1520 y 1534 del Código Civil)" (18)

Los elementos de validez del testamento son:

(18) Cfr. Arce y Cervantes, José. De las Sucesiones. Ed. Porrúa. México. 1992. Págs. 58 y 59.

- 1º.- Capacidad.
- 2º.- Ausencia de vicios de la voluntad.
- 3º.- Licitud en el objeto, motivo o fin.
- 4º.- Forma.

Capacidad: Todos los tipos de testamentos, para que sean válidos, deben ser otorgados por una persona capaz; en otras palabras, que no sea menor de dieciséis años y que no esté afectado de sus facultades mentales al momento de otorgar testamento.

Ausencia de vicios de la voluntad: Es indispensable que la manifestación de la voluntad, en el otorgamiento de un testamento, no esté afectada por error, dolo o violencia.

Con relación al error, el artículo 1301 nos dice que las disposiciones hechas a título universal no tienen ningún efecto cuando se fundan en una causa expresa, que resulte errónea, si ha sido la única que determinó la voluntad del testador. El maestro Rojina Villegas nos pone un ejemplo: "Si el testador dice: Instituyo como mi único y universal heredero a mi sobrino porque mi hijo ha muerto, y después se averigua que éste no ha muerto, de manera que sufrió un error tenemos aquí expresada la causa en el testamento, el porqué se instituyó al sobrino bajo la creencia falsa de que el hijo había muerto, y al mismo tiempo se dice que es la única y determinante de la voluntad del testador, porque de haber sabido que el hijo existía no hubiese instituido al sobrino".(19) El dolo y

(19) Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Ed. Porrúa. México. 1981. pág. 399.

la violencia, por ser considerados por el código civil como causa de nulidad en los testamentos, los trataremos más adelante.

Licitud en el objeto, motivo o fin: Como ya se mencionó, el objeto de los testamentos lo constituye la institución de herederos o legatarios o de ambos a la vez, así como también la declaración y cumplimiento de ciertos deberes o la ejecución de determinados actos jurídicos, los cuales deben ser lícitos y no ser contrarios al orden público y a las buenas costumbres.

Forma: El testamento, en cuanto a la forma, debe ajustarse a lo que establece el Código Civil para cada una de las clases de testamento, pero en general se deben otorgar por escrito, ante notario y/o testigos.

2º.- Requisitos para su otorgamiento

Entendiendo la palabra requisito como la condición necesaria para una cosa, podemos afirmar en cuanto a los testamentos público abierto, cerrado y ológrafo, que no tienen requisitos previos para su otorgamiento; en cambio, el testamento privado tiene como requisito que por las circunstancias le sea imposible al testador otorgar testamento ante juez o notario de la localidad y que no le sea posible otorgar testamento ológrafo; el requisito indispensable del testamento militar, es que sea otorgado en el campo de batalla; el marítimo, que sea otorgado en alta mar, en buque de guerra o mercante; y, por último, el hecho en país extranjero, tiene como requisito que se otorgue conforme a las leyes del país donde se otorgue.

Para otorgar un testamento público simplificado el código civil señala los siguientes requisitos:

- a) Se debe otorgar ante notario.
- b) El testamento se debe referir a un inmueble destinado o que vaya a destinarse a casa habitación
- c) El testamento puede otorgarse en la misma escritura de adquisición o regularización o en acta posterior.
- d) El valor del inmueble no debe exceder 25 veces el salario mínimo general vigente elevado al año. En los casos de regularización, no importa su valor.

En relación al primer punto, ya que este testamento se otorga ante notario,

debe ajustarse a las formalidades que se establecen para el testamento público abierto.

El segundo punto nos señala que este testamento se refiere únicamente a un inmueble destinado o que vaya a destinarse a casa habitación, lo que en mi concepto es una limitación, pues si el testador tiene alguna o algunas cosas de valor distintas al inmueble, no podría heredarlas en el mismo testamento; por otro lado, si llegare a adquirir otros bienes muebles o inmuebles, tendría que otorgar otro testamento teniendo el cuidado de establecer que éste deja subsistente el público simplificado otorgado con anterioridad. Cabe mencionar que esta limitación en cuanto a los bienes que se pueden disponer mediante testamento, no está contemplado en ningún tipo de testamento, ni aun en los especiales; en las legislaciones extranjeras mencionadas no existe disposición similar.

Los puntos tercero y cuarto están relacionados entre sí en cuanto a la forma de otorgarlo. La ley menciona tres supuestos: en la escritura de adquisición, en la de regularización que realice algún organismo público o en acta posterior, con la limitación de que su valor no puede exceder de \$206,225.00 (25 veces el salario mínimo general elevado al año), cantidad que en nuestro concepto deja fuera a la mayor parte de los inmuebles, ya que éstos van sufriendo incrementos en su valor debido a los cambios en la economía y el salario mínimo no sufre incrementos en la misma forma puesto que generalmente su aumento es más ligero y muy por debajo de la inflación, lo que a la larga traerá como consecuencia que el tope puesto a los inmuebles llegue a ser irrisorio y fuera de la realidad.

3º.- Clases de testamentos

Conforme a las reformas del Código Civil del 6 de enero de 1994, los testamentos se clasifican de la siguiente manera:

- ORDINARIOS: 1.- Testamento público abierto.
2.- Testamento público cerrado.
3.- Testamento público simplificado
4.- Ológrafo.

- ESPECIALES: 1.- Privado.
2.- Militar
3.- Marítimo
4.- Hecho en país extranjero.

TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO: Es aquél que se otorga ante notario; cuando lo solicite el notario, el testador deberá concurrir con dos testigos al otorgamiento del mismo.

Se le llama público no porque pueda ser conocido por el público, sino porque está autorizado por un funcionario público, como es el notario (Arts. 1º y 10º de la Ley de Notariado). Se llama abierto porque a diferencia del cerrado, no está oculto, sino patente y visible en el protocolo notarial.

Cuando la ley expresa que se otorga "ante notario", por ese mismo hecho está remitiendo a la ley que regula la función notarial y los requisitos que deben

llenar los instrumentos notariales, lo que significa que además de las normas específicas que establece el Código Civil para este testamento, el notario deberá cumplir con lo que al respecto señala la Ley de Notariado.

"La intervención de los notarios no está requerida ya para la validez del acto sino tan sólo para su publicidad".(20)

Este testamento se lleva al cabo de la siguiente manera:

I.- El testador expresará de un modo claro y terminante su voluntad ante el notario y en su caso ante los testigos. (Art. 1512); esta expresión debe ser verbal y no por escrito ni por señales o monosílabos, como respuesta a preguntas que se le hagan y además cumplido y claro (Art. 1489), lo que quiere decir que sea cabal, entera e inteligible para el notario.

II.- El notario redactará por escrito las cláusulas del testamento en su protocolo, que deben estar sujetas estrictamente a la voluntad expresada por el testador (Art. 1512); esta redacción puede ser escrita materialmente por el notario o por otra persona, ya sea a mano o por algún medio de impresión firme e indeleble (Arts. 1507 del Código Civil y 61 de la Ley de Notariado); el testador expresa su voluntad en sus propios términos, pero el notario redacta la voluntad del testador ajustándola a los términos jurídicos más apropiados.

III.' El notario leerá en voz alta el texto redactado de modo que sea audible para

(20) Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Derecho Notarial. Ed. Porrúa. México. 1993. pág. 67.

el testador y los testigos; el notario explicará a los comparecientes el valor y consecuencias legales del instrumento. (Art. 33 de la Ley de Notariado)

IV.- Si el testador manifiesta que está conforme con lo leído y los testigos lo están también en cuanto a que el texto redactado concuerda con la voluntad expresada por el testador, se firmará el instrumento.

V.- El instrumento debe señalar: a) El lugar donde se redacta, entendiéndose esto como el local donde se lleva al cabo (casa, oficina, departamento, sanatorio, etc.); b) El día, mes y año en que se redacta; y c) La hora en que hubiere sido otorgado (Art. 1512 del Código Civil).

Otorgar quiere decir lo que en materia notarial se hace mediante la firma (Art. 62-XIII-d de la Ley de Notariado); por tanto, la hora del otorgamiento es la hora en que se cierra el testamento y firman el testador y los testigos. La hora es de especial importancia porque en ese momento debe apreciarse la capacidad del autor del testamento y para determinar cuál testamento es posterior a otro, ya que un testador podría hacer varios testamentos en un día. Las formalidades señaladas deberán practicarse en acto continuo y el notario dará fe de haberse llenado todas las formalidades requeridas para este instrumento. (Art. 1519 del Código Civil).

En el testamento público abierto existen casos especiales como los siguientes:

I.- Testador que ignore el idioma del país: De acuerdo con la Ley de Notariado, (Art. 62), las escrituras deben redactarse en castellano. En este caso, como el

testador ignora el idioma del país, si puede, escribirá su testamento que será traducido al español por un intérprete; la traducción se transcribirá como testamento en el protocolo y el original, firmado por el testador, el intérprete y el notario, se archivará en el apéndice correspondiente. (Art. 1518 del Código Civil). Si el testador no puede o no sabe escribir, el intérprete escribirá el testamento que dicte aquél, y leído y aprobado por el testador, se traducirá al español por el intérprete. Si el testador no sabe o no puede leer, dictará en su idioma el testamento al intérprete y se procederá a transcribirlo en el protocolo. Los intérpretes deben rendir ante el notario protesta formal de cumplir lealmente su cargo. (Art. 67 de la Ley de Notariado).

II.- Testador cuya identidad no puede ser verificada: El notario podrá intervenir en el testamento, aunque no pueda verificar la identidad del testador; esta circunstancia será declarada por el notario o por los testigos; en su caso, uno y otros agregarán las señales que caracterizan a la persona del testador (Art. 1505 del Código Civil). Este testamento no tendrá validez mientras no se justifique la identidad del testador (Art. 1506 del Código Civil).

III.- Testador que no sabe o no puede firmar: En este caso, uno de los testigos firmará a su ruego y el testador imprimirá su huella digital (Art. 1514 del Código Civil).

IV.- Testador que sea enteramente sordo: En este caso deberá dar lectura a su testamento, pero si no pudiere o no quisiere hacerlo, designará una persona que lo lea a su nombre.

V.- Testador ciego: En este caso se dará lectura al testamento dos veces, una

por el notario y otra por uno de los testigos u otra persona que el testador designe. (Art. 1517 del Código Civil).

VI.- Testador demente en estado de lucidez: El testador, o en su defecto la familia del demente, presentarán al juez correspondiente una solicitud para que el demente haga su testamento; el juez nombrará dos médicos, de preferencia especialistas en la materia, para que examinen al enfermo en presencia del juez, el cual puede hacerle cuantas preguntas desee para cerciorarse de su capacidad para testar, y el resultado del reconocimiento se hará constar en acta formal. Si éste fuere favorable, se procederá a hacer testamento ante notario, con todas las solemnidades del testamento público abierto; al pie del testamento se pondrá razón expresa de que durante todo el acto el paciente testador conservó perfecta lucidez de juicio, bajo pena de nulidad del testamento; además del notario y los testigos, firmarán el testamento el juez y los médicos que intervinieron. (Arts. 1308 al 1311 del Código Civil).(21)

TESTAMENTO PUBLICO CERRADO: Es el que se escribe en papel común por el testador o por otra persona a su ruego, cuyas hojas se rubrican; se firma al calce por el testador o por otra persona a su ruego, si el testador no sabe o no puede firmar; una vez firmado se cierra y sella, se exhibe al notario en presencia de tres testigos. El testador declarará ante notario que en ese pliego está contenida su última voluntad y el notario dará fe del otorgamiento en la cubierta del testamento; se dejará constancia que será firmada por el testador, los testigos y el notario, quien además pondrá su sello y una razón en el

(21) Arce y Cervantes, José. De las Sucesiones. Ed. Porrúa. México. 1992. Pág. 125.

protocolo del lugar, día, hora, mes y año del otorgamiento. Este testamento podrá ser conservado por el testador o darlo en guarda a persona de su confianza, o depositarlo en el archivo judicial. El testamento público cerrado deberá abrirse por un juez cuando haya fallecido el testador, previo reconocimiento de las firmas del notario, de la mayoría de los testigos por lo menos y del testador o los que puedan hacerlo; cumplidos estos requisitos, el juez declarará que se publique y protocolice el testamento. Protocolizar quiere decir incorporar el documento al protocolo notarial, que en este caso consistirá en transcribirlo en el mismo, con lo cual se podrán expedir cuantas copias sean necesarias. (Art. 1521 y siguientes del Código Civil).

TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO: Es aquél que se otorga ante notario (se realiza con las formalidades del público abierto) respecto de un inmueble destinado o que vaya a destinarse a casa habitación. El testamento se puede otorgar en la misma escritura de adquisición, de regularización, o en un acto posterior; el valor del inmueble no debe ser superior a 25 veces el salario mínimo general vigente elevado al año; en los casos de regularización, no importa el monto. El testador designa uno o más legatarios, con derecho de acrecer, salvo la designación de substitutos; si hubiere pluralidad de adquirentes, cada propietario podrá designar uno o más legatarios por su porción y en caso de que el testador esté casado bajo el régimen de sociedad conyugal, su cónyuge podrá instituir uno o más legatarios en el mismo instrumento, por la porción que le corresponde.

TESTAMENTO OLOGRAFO: El nombre viene del griego "holos" todo y "grafo" escrito; este testamento debe ser escrito en su totalidad del puño y letra

del testador. Sólo puede ser otorgado por personas mayores de edad; deberá estar firmado por el testador, con expresión del día, mes y año en que se otorga; lo hará por duplicado e imprimiendo en cada ejemplar su huella digital; el original quedará dentro de un sobre cerrado y lacrado con la siguiente leyenda: "Dentro de este sobre se contiene mi testamento"; se deposita en el Archivo General de Notarías, quien devuelve la copia al testador; en el sobre que contenga el duplicado se pondrá la siguiente razón; "Recibí el pliego cerrado que el señor afirma contiene original su testamento ológrafo el cual, según afirmación del mismo señor, existe dentro de este sobre duplicado". Se pondrá luego el lugar y fecha en que se extiende, la constancia que será firmada por el encargado de la oficina, por el testador y por los testigos de identificación cuando intervengan. El testamento puede ser retirado en cualquier momento por el testador; una vez retirado del "Archivo" ese testamento no produce efectos, ni siquiera el de revocación tácita de algún testamento anterior.

TESTAMENTO PRIVADO: Únicamente puede otorgarse en los siguientes casos: Cuando el testador sea atacado por una enfermedad violenta y grave que no dé tiempo para que ocurra ante notario a hacer el testamento; cuando no haya notario o juez en la población; cuando aunque haya notario o juez, sea imposible, o por lo menos muy difícil que concurra al otorgamiento del testamento; cuando los militares o asimilados del ejército entren en campaña o sea encuentren prisioneros de guerra. Para que en los casos mencionados pueda otorgarse testamento privado es necesario que al testador no le sea posible hacer testamento ológrafo.

Este testamento se otorga ante cinco testigos, pudiendo uno de ellos

redactar la voluntad del testador; si ninguno de los testigos sabe escribir, no será necesario redactar el testamento; en casos de suma urgencia, bastarán tres testigos. Este testamento sólo surtirá efectos si el testador fallece de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba, o dentro de un mes de desaparecida la causa que lo autoriza y para que produzca efectos necesita que se haga la declaración de que los dichos de los testigos son el formal testamento de la persona de quien se trate; esta declaración debe ser pedida por los interesados inmediatamente después que supieren de la muerte del testador y la forma de su disposición.

TESTAMENTO MILITAR: Las disposiciones que lo regulan son de aplicación federal, porque se refieren al militar o asimilado del ejército en el momento de entrar en acción de guerra, o herido sobre el campo de batalla. Se puede hacer declarando su voluntad ante dos testigos o entregando a los mismos el pliego cerrado que contenga la última disposición firmada de su puño y letra. También está autorizado para los prisioneros de guerra; el testamento otorgado por escrito deberá ser entregado después que muera el testador, por aquél en cuyo poder hubiere quedado al jefe de la corporación, quien lo remitirá a la Secretaría de la Defensa Nacional y ésta a su vez a la autoridad judicial correspondiente; si el testamento hubiera sido otorgado de palabra, los testigos instruirán de él al jefe de la corporación, quien dará parte a la Secretaría de la Defensa Nacional y ésta a la autoridad judicial para que proceda a hacer la declaración de formal testamento, como si se tratara de testamento privado.

TESTAMENTO MARITIMO: Es aquél que se otorga en alta mar, a bordo de navíos de la Marina Nacional, sean de guerra o mercantes; será por escrito, en presencia de dos testigos y el capitán del navío; si fuere el capitán el que

otorgase testamento, desempeñará sus veces el que deba sucederle en el mando; el testamento se realiza por duplicado; uno de los ejemplares tendrá que ser entregado en el primer puerto al agente diplomático, cónsul o vicecónsul mexicano que hubiere; el otro ejemplar deberá ser entregado a la autoridad marítima del lugar cuando el navío arribe a territorio mexicano. Este testamento sólo surtirá efectos si fallece el testador en el mar o dentro de un mes contado desde su desembarco en algún lugar conde conforme a la ley mexicana o extranjera hubiera podido ratificar u otorgar de nuevo su última disposición.

TESTAMENTO OTORGADO EN EL EXTRANJERO: Este tipo de testamento producirá efectos en el Distrito Federal cuando haya sido formulado de acuerdo con las leyes del país en donde se otorgue. Los secretarios de legación, los cónsules y vicecónsules mexicanos, podrán hacer las veces de notarios o de encargados de registro en el otorgamiento de los testamentos de los nacionales en el extranjero y remitirán copia autorizada de los testamentos a la Secretaría de Relaciones Exteriores o por conducto de ésta al encargado del Archivo General de Notarías del Distrito Federal.

C.- LA FUNCION DEL LEGADO EN EL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO.

"Legado es la institución testamentaria mediante la cual el legatario adquiere a título particular el derecho a la prestación de una cosa o a la prestación de un hecho o servicio, sin más cargas que las que expresamente le imponga el testador y sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria con los herederos hasta donde alcance la cuantía de la prestación en que el propio legado consiste".(22)

Los legados se clasifican de la siguiente manera:

1º.- Legados de prestación de hecho o servicio: el legado puede consistir en la prestación y el heredero o legatario que acepte tendrá la obligación de prestarlo. (Arts. 1392 y 1419 del Código Civil).

2º.- Legado de cosa específica: este legado a su vez puede subdividirse atendiendo a si la cosa legada es propia o ajena; en ambos casos, el obligado a darla debe entregar la misma cosa designada. (Art. 1466 del Código Civil).

Cosa propia del testador: si es cosa específica y determinada, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere y hace suyos los frutos pendientes o futuros (Art. 1429 del Código Civil); la cosa corre a riesgo del

(22) Araujo Valdivia, Luis. Derecho de las Cosas y Derecho de las Sucesiones. Ed. José Ma. Cajea Jr., S.A. México. 1972. Pág. 575.

legatario y tiene derecho a reivindicarla y a recibir la indemnización por incendio de la cosa asegurada y pasa con las cargas que tuviere la cosa.

"Cosa ajena al testador: para que el legado de cosa ajena sea válido, es necesario que el testador sepa que no está en su patrimonio; si lo ignora, el legado está viciado por error y no surte efectos. La prueba de que sabía que era ajena corresponde al legatario; si el testador sabía que la cosa era ajena en todo o en parte, este legado equivale a una carga que se impone al heredero o legatario para que adquiera esa cosa y la entregue al legatario. Es nulo el legado de cosa que pertenezca al mismo legatario, pero si este la adquirió después de otorgado el testamento, se entiende legado su precio. Es nulo el legado de cosa determinada individualmente que al fallecer el testador no se halle en la herencia. Si la cosa legada estuviere sujeta a usufructo, uso o habitación, el legatario queda obligado a respetar estos derechos reales hasta que se extinga".(23)

Los legados de usufructo, uso, habitación o servidumbre, son por su naturaleza vitalicios sobre la vida del legatario; el testador puede disponer que duren menos tiempo; los mismos derechos, cuando se dejan a una corporación, sólo pueden durar veinte años.

Legados de género: pueden ser bienes muebles o inmuebles que no se determinan específicamente sino sólo por el género al que pertenecen.

(23) Arce y Cervantes, José. De las Sucesiones. Ed. Porrúa. México. 1992. pág. 93.

Bienes muebles: es válido un legado de este tipo aun cuando en la herencia no haya cosa alguna de ese género; si el legado es de cosa que se encuentre en un lugar determinado, sólo subsistirá en la parte que en dicho lugar se encuentre. (Arts. 1455 y 1462 del Código Civil).

Los legados en dinero tienen dos reglas que señala el código:

1º.- Deben pagarse en esa especie y si no lo hay en la herencia, se pagará con las cosas que al efecto se vendan.

2º.- Si se refiere a cantidad depositada en un lugar determinado, sólo subsistirá en la parte que se encuentre.

El legado genérico de liberación o perdón de deudas comprende sólo las existentes al tiempo de otorgarse el testamento, pero no las posteriores.

Bienes inmuebles: sólo valdrá si en la herencia hay varios del mismo género.

Legados alternativos: son aquéllos en los cuales se legan varias cosas con la obligación por parte del gravado, de pagar solamente con una de ellas; la elección de la cosa corresponde al heredero si el testador no la concede expresamente al legatario; pero si la elección corresponde al legatario, éste podrá exigir la de mayor valor y en cualquiera de los casos anteriores, si el que tenga derecho a hacer la elección no pudiere hacerla, la harán sus representantes legítimos o sus herederos; si el juez señala un término para la elección y la persona que tiene derecho no la hiciera, la hará el juez a petición

de parte legítima.(24)

Legado de deudas: este legado hecho al deudor de su deuda extingue ésta y el que debe cumplirlo está obligado a dar al deudor la constancia de pago y a liberar al legatario de las garantías que estuvieren garantizando el adeudo; tiene también el efecto de extinguir los intereses que se deban a la muerte del testador.

El legado hecho al acreedor no compensa el crédito, pero si el testador desea expresamente que ese legado surta efectos de pago el acreedor tendrá derecho a cobrar el resto si el pago no es total.

El testador puede mejorar la condición de su deudor devolviendo una prenda o entregando el título de la hipoteca; en este caso, sólo se extinguen esas garantías pero no la obligación principal; puede mejorar también la condición de su acreedor haciendo puro un crédito condicional, hipotecario el simple o exigible desde luego el sujeto a término, pero esta mejora no podrá perjudicar a los demás acreedores, si los hubiere.

Legado de pensiones: el testador tiene libertad para disponer el otorgamiento de las pensiones que estime pertinentes y en la forma que juzgue más adecuada; el código civil nombra explícitamente las siguientes:

I.- Legado de alimentos: la pensión alimenticia es carga de la masa

(24) Araujo y Valdivia, Luis. Derecho de las Cosas y Derecho de las Sucesiones. Ed. José Ma. Cajica Jr., S.A. México. 1972. Pág. 579.

hereditaria, excepto cuando el testador haya gravado con ella a alguno de los partícipes de la sucesión; durará mientras viva el legatario, a menos que el testador disponga que dure menos tiempo y si no señala la cantidad de alimentos se observará lo que a este respecto establecen los artículos 301 al 321 del código civil. En cuanto a la cuantía, si el testador en vida acostumbraba dar una cierta cantidad al legatario por vía de alimentos, se entenderá legada la misma cantidad, si no resultare en notable desproporción a la cuantía de la herencia

II.- Legado de educación: el código establece dos reglas para esta clase de legado; el legado durará hasta que el menor salga de la minoría de edad y cesa si el legatario durante su minoría de edad obtuviere profesión u oficio para subsistir, o si contrae matrimonio.

III.- Legado de pensión o renta vitalicia: hay un contrato aleatorio y oneroso que lleva ese nombre, pero además, la renta vitalicia puede constituirse a título gratuito por testamento, y en este supuesto se le llama pensión periódica (semanal, mensual, anual) que deja el testador a una persona denominada pensionista. Si se constituye sobre la vida del pensionista, se extingue a la muerte de éste, pero si es sobre la vida de un tercero, no cesa por la muerte del pensionista; el derecho a percibir pensión se transmite a los herederos de este último y cesará cuando muera la persona sobre cuya vida se constituyó.

Por ser un beneficio concreto la pensión empieza a correr desde la muerte del testador; la pensión puede constituirse en sumas de dinero de pagos periódicos o de otros bienes y puede ser establecida por el testador a cargo de

un heredero o de un legatario determinado para los cuales constituirá una carga que en caso de aceptar la herencia o legado, tendrá que cumplir.

La figura del legado en el testamento público simplificado es la institución fundamental a través de la cual se realiza la transmisión de un bien *mortis causa*, toda vez que en éste no existe la institución del heredero.

Por otra parte, esta limitante, que sólo permite designar legatarios, es un aspecto que diferencia al testamento público simplificado de los demás testamentos y por lo tanto es una razón más para que se le considere un testamento especial.

El legado, en el testamento público simplificado tiene dos variantes: en primer lugar, la ley establece que se pueden designar legatarios con derecho de acrecer; esto es, que si alguno de los legatarios designados fallece antes o al mismo tiempo que el testador, la parte que a éste correspondía se distribuirá entre los legatarios subsistentes; la otra variante es la designación de legatarios sustitutos que consiste en designar dos o más legatarios en un determinado orden, de tal manera que si el primero fallece antes o al mismo tiempo que el testador o no pudiere o no quisiere aceptar el legado, le correspondería al segundo que se hubiere designado y así sucesivamente.

El legado adquirido a través del testamento público simplificado se recibe con la obligación de dar alimentos a los acreedores alimentarios que pudieran tener derecho; esta obligación es, en la proporción que represente el legado en función de la masa hereditaria. Esta disposición es muy importante, ya que al establecerla se impide que el testamento se pueda tachar de inoficioso.

D.- NULIDAD DEL TESTAMENTO

"Por nulidad debe entenderse la sanción legal que priva de sus efectos legales a un acto jurídico en virtud de una causa originaria, es decir, existente en el momento de la celebración. La nulidad implica una invalidez completa del acto que puede invocarse *erga omnes*". (25)

El código civil establece los siguientes casos de nulidad:

1º.- Se considera nula la institución de herederos o legatarios hecho en memorias o comunicados secretos.

2º.- Es nulo el testamento hecho por el testador bajo amenazas o influencias contra su persona, o bien sobre su cónyuge o parientes.

3º.- Igualmente es nulo el testamento captado con dolo o fraude.

4º.- Es nulo el testamento en que el testador no expresa cumplida y claramente su voluntad, sino por señales y monosílabos.

5º.- Es nulo el testamento que se realice en contravención a las formas prescritas por la ley.

6º.- Es nula la renuncia al derecho de testar y la cláusula en que alguno se obligue a no usar ese derecho.

No debemos confundir los casos de revocación o caducidad con los de la nulidad. En la nulidad el testamento carece de valor desde el día de su otorgamiento, sin importar la fecha de fallecimiento del testador y no producirá

(25) Borda, Guillermo A. Manual de Derecho Civil. Ed. Perrat. Buenos Aires, Argentina. 1991. 15a. ed.; págs. 562 y 563.

efecto alguno; en cambio en la revocación y la caducidad se tiene a un testamento que es válido en su origen y susceptible de predecir sus efectos porque por alguna causa posterior no surte sus efectos si la causa proviene de la voluntad del testador estamos ante la revocación; si no proviene de su voluntad como sería el caso del fallecimiento del heredero o legatario, habría caducidad.

Es preciso distinguir entre la nulidad del testamento y la nulidad de la institución testamentaria. Entre ambas nulidades existe una relación del todo a la parte, porque la nulidad del testamento es la nulidad del todo que anula el contenido del testamento en su totalidad, y la nulidad de la institución testamentaria sólo afecta a la institución misma.

En materia de testamentos todas las nulidades son absolutas, pues de ellas puede valerse todo interesado y no pueden desaparecer por la confirmación o la prescripción. El testamento viciado sólo puede ser revalidado por el propio testador, con las mismas solemnidades que si lo otorgara de nuevo, pues de lo contrario será nula la revalidación. La nulidad tampoco desaparece por prescripción en virtud de que ésta no puede correr en contra del testador mientras viva, porque él puede modificar en cualquier momento su voluntad.

El término para ejercitar la acción de nulidad es de diez años, ya que según el artículo 1652 del código civil, establece que la acción para reclamar la herencia prescribe a los diez años y es transmisible a los herederos; en este orden de ideas, la acción de nulidad debe ser intentada dentro del mismo término para reclamar la herencia, ya que de otro modo no tendría razón de ser.

Revocación y caducidad del testamento:

La revocación es el acto jurídico mediante el cual el testador deja sin efecto una disposición testamentaria. El maestro Antonio de Ibarrola expresa lo siguiente: "Siendo el testamento un acto especialmente revocable no es más que un proyecto durante toda la vida del testador: es la expresión de su última voluntad, lo que ha sido redactado ciertamente de antemano por temor de ser sorprendido por la muerte, pero que se reputa emitida en el momento mismo de perder la vida".(26)

Siguiendo esta idea y conforme a lo que establece la ley, el testamento válido será el último que haya otorgado el testador

La revocación de un testamento se realiza con otro posterior perfecto; esto es, que reúna todas las características legales necesarias para su validez. Es necesario señalar que la revocación de un testamento no surte efectos en cuanto al reconocimiento de un hijo realizado en el testamento; sólo surte efectos en el aspecto patrimonial. La revocación produce su efecto aunque el segundo testamento caduque por incapacidad o renuncia del heredero o de los legatarios nuevamente nombrados.

Caduca un testamento cuando siendo perfectamente válido pierde su eficacia por causas extrañas a la voluntad del testador. Muchas veces se produce la caducidad por la propia naturaleza de las disposiciones testamentarias; otras veces, por causas ajenas a ellas. A veces por un acto

(26) de Ibarrola, Antonio. Cosas y Sucesiones. Ed. Porrúa. México. 1991. 7a. ed.; pág. 747.

voluntario de los herederos, a veces sin que intervenga la voluntad de éstos.

Las disposiciones testamentarias caducan y quedan sin efecto si el heredero o legatario muere antes que el testador, porque no ha adquirido el derecho hereditario, o antes que se cumpla la condición de la cual dependa la herencia o legado; si el heredero o el legatario se hace incapaz de recibir la herencia o legado, ya sea que la incapacidad exista desde el momento en que muera el testador o que se produzca posteriormente y si el heredero o legatario renuncia a su derecho, que por ser patrimonial es renunciabile.

E.- NATURALEZA JURIDICA DE LA FUNCION NOTARIAL

Para comprender la naturaleza jurídica de la función notarial es necesario estudiar los siguientes puntos:

- 1º.- ¿Es el notario un funcionario público?
- 2º.- El notario como profesional.
- 3º.- El notario como persona investida de fe pública.
- 4º.- El notario está facultado para autenticar y dar forma.
- 5º.- El notario actúa a petición de parte.

¿ES EL NOTARIO UN FUNCIONARIO PUBLICO? Podemos afirmar que no por lo siguiente: la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 108 nos dice que funcionarios públicos son los representantes de elección popular, los miembros del Poder Judicial Federal y Judicial del Distrito y los funcionarios o empleados que desempeñen un empleo o cargo de cualquier naturaleza en la administración pública federal. Por otra parte, el Código Penal para el Distrito Federal, en el libro segundo, título décimo define quiénes son funcionarios públicos y cuáles los delitos que éstos pueden cometer como son: ejercicio indebido del servicio público, abuso de autoridad, coalición de servidores públicos, uso indebido de atribuciones y facultades, concusión, intimidación, ejercicio abusivo de funciones, tráfico de influencias, cohecho, peculado y enriquecimiento ilícito. Conforme a lo anterior, el notario no podría encuadrarse como un funcionario público, ni podría realizar, en el ejercicio de sus funciones, ninguno de los delitos previstos por el código penal para los funcionarios públicos. Por otra parte, la actividad de la notaría no encaja dentro de la organización administrativa de las dependencias del gobierno.

La Ley de Notariado define al notario de la siguiente manera:

Art. 10º.- Notario es un licenciado en derecho investido de fe pública, facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley a los instrumentos en que se consignen los actos y hechos jurídicos.....

Los únicos cargos compatibles con la función notarial son la instrucción pública y los de elección popular.

EL NOTARIO COMO PROFESIONAL: Conforme lo establece el artículo 1º. de la Ley de Notariado, la función notarial se encomienda para su desempeño a particulares licenciados en derecho mediante la expedición de la patente respectiva. Cabe mencionar que la patente se obtiene después de haber presentado dos exámenes: uno para ser aspirante a notario y el otro para notario.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su artículo quinto la libertad para escoger profesión o trabajo que más convenga a la persona y la ley en cada Estado determinará cuáles son las profesiones que necesitan título. La Ley de Profesiones comprende al notariado dentro de la lista de profesiones que requieren título.

El notario está obligado a cobrar sus servicios profesionales de acuerdo con el arancel respectivo; el artículo cuarto del arancel de notarios del Distrito Federal señala que los honorarios previstos por el arancel comprenden los gastos que se generan por la prestación del servicio profesional y que no se deberá cobrar ninguna cantidad adicional excepto las que correspondan a gastos por impuestos, derechos, constancias, certificados, etc.

El artículo séptimo señala que el notario tiene derecho a obtener de los interesados los gastos generados y a cobrar sus honorarios y no percibirá sueldo alguno a cargo del presupuesto del Distrito Federal.

Por otro lado, la actuación del notario es obligatoria y sólo puede excusarse en los términos del artículo 341. de la Ley de Notariado que establece que el notario podrá excusarse cuando se trate de días festivos o en horas que no sean de oficina, salvo que se trate del otorgamiento de un testamento, casos de extrema urgencia o de interés social; puede excusarse también si los interesados no le anticipan los gastos, salvo que se trate de un testamento o de alguna emergencia que no admita dilación.

EL NOTARIO, PERSONA INVESTIDA DE FE PUBLICA: La fe pública es un atributo del Estado, que tiene en virtud del *ius imperium* y es ejercitada por los órganos estatales y el notario.

El notario recibe la fe pública del Estado por disposición de la ley al través del titular del poder ejecutivo.

La palabra "fe" significa creer en aquello que no se ha percibido directamente por los sentidos; si los acontecimientos se hubiesen percibido directamente por los sentidos estaríamos en presencia de una evidencia y no de un acto de fe.

Jiménez Arnau define a la fe pública así: "Jurídicamente la fe pública supone la existencia de una verdad oficial cuya creencia se impone en el sentido, que

no se llega a ella por un proceso espontáneo cuya resolución queda a nuestro libre albedrío, sino en virtud de un imperativo jurídico o coacción que nos obliga a tener por ciertos determinados hechos o acontecimientos, sin que podamos decidir autónomamente sobre su objetiva verdad cada uno de los que formamos el ente social"(27).

Por otra parte, la fe pública notarial es una facultad del Estado otorgada por la ley; la fe del notario es pública porque proviene del Estado y repercute en la sociedad. La fe pública del notario significa la capacidad para que aquello que certifica sea creíble.

EL NOTARIO ESTA FACULTADO PARA AUTENTICAR Y DAR FORMA: La ley establece que el notario está facultado para autenticar y dar forma en los términos de la ley a los instrumentos en que se consignan actos y hechos jurídicos. (Art. 10 de la Ley de Notariado). Como consecuencia de lo anterior, los hechos y actos contenidos en los instrumentos que certifica el notario tienen el carácter de auténticos y valen para todos.

En cuanto a la forma que deben tener los actos y hechos que el notario certifica es la Ley de Notariado la que nos indica el procedimiento para aquilatar plenamente la formalidad notarial.

EL NOTARIO ACTUA A PETICION DE PARTE: El notario actúa porque se lo solicitan; sólo presta sus servicios cuando se lo pide una persona física o moral

(27) Giménez Arnau, Enrique. Derecho Notarial. Ed. Ediciones Universidad de Navarra, S. A. España. 1976. págs. 37 y 38.

interesada en el otorgamiento de una escritura para hacer constar un hecho o un acto jurídico. Lo anterior lo establece el artículo 10 de la Ley de Notariado.

F.- ACTIVIDAD DEL NOTARIO

El notario Pedro Avila nos da el siguiente concepto de la función notarial: "La función notarial se concreta o resume en la autorización del instrumento público. Pero con esta afirmación nos damos idea de su contenido y complejidad, porque tal autorización es el punto culminante de la función a la que sólo se desemboca tras un proceso o serie de actos y que exige una actividad funcional complementaria".(28)

La actividad complementaria del notario mexicano, que trae como consecuencia la autorización del instrumento público en el cual plasma su conocimiento y técnica jurídica se puede resumir en los siguientes conceptos:

ESCUCHAR.- El notario, en una primera audiencia escucha con atención los conflictos que le plantean las partes, tratando de conocer todas las circunstancias que le den oportunidad de entender las inquietudes de éstas, ya que pueden existir situaciones que es preciso aclarar y de las cuales pueden derivarse consecuencias que los clientes no se habían imaginado.

INTERPRETAR.- Una vez que el notario ha escuchado a las partes está en aptitud de interpretar su voluntad y deseos y la forma de satisfacerlos dentro del ámbito jurídico.

(28) Avila Alvarez, Pedro. Derecho Notarial. Ed. Bosch. Barcelona, España. 1990. 7a. edición. pág. 1

ACONSEJAR.- Una vez que el problema ha sido delimitado y asimilado por el notario, éste está en posibilidad de dar un consejo eficaz. Es frecuente que un problema tenga distintas soluciones y es el notario, por sus conocimientos y experiencia, quien aconseja a las partes lo más adecuado.

PREPARAR.- Para la preparación y redacción de una escritura pública es necesario cumplir ciertos requisitos previos a la forma; por ejemplo, en las traslativas de dominio, (compraventas, donaciones, etc.) debe obtenerse del Registro Público de la Propiedad el certificado de libertad de gravámenes; contar con el título de propiedad, acta de matrimonio del enajenante a fin de determinar el régimen bajo el cual contrajo matrimonio; el avalúo bancario a fin de cuantificar los impuestos. En el caso de extranjeros, el permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para adquirir el inmueble, etc.; una vez satisfechos todos los requisitos se está en posibilidad de redactar la escritura.

REDACTAR.- Cuando el notario tiene todos los elementos requeridos, así como la figura en la que se encuadrará el acto jurídico, (compraventa, donación, constitución de sociedad, fideicomiso, etc.), con base en su experiencia y conocimientos sobre los ordenamientos jurídicos, redacta el instrumento particularizando el acto y los otorgantes, revistiéndolo de todas las formalidades requeridas por la ley y que establece la misma Ley de Notariado. Si el notario redacta el clausulado con apego a la ley y se usa propiedad y sencillez en el lenguaje, no habrá conflictos entre las partes.

CERTIFICAR.- En la certificación el notario da fe adecuando la función notarial al caso particular. Es la parte donde el notario manifiesta el contenido de su fe pública, que es fe de existencia de los documentos relacionados en la

escritura, fe de conocimiento, (que conoce personalmente a los comparecientes o que los identifica de una manera determinada); fe de lectura y explicación del instrumento, fe de capacidad de los otorgantes y finalmente fe de otorgamiento de la voluntad. El notario, por su calidad de fedatario al certificar formula un juicio de certeza que se impondrá a los demás.

AUTORIZAR.- La autorización de la escritura es el acto de autoridad del notario que convierte al documento en auténtico, Al ejercer sus facultades como fedatario público, da eficacia jurídica al acta de que se trate, permite en el caso de un hecho que las circunstancias asentadas produzcan los efectos de prueba plena.

REPRODUCIR.- En los documentos privados no existe la posibilidad de reproducirlos, pues no existe una matriz que los conserve en forma permanente. El notario satisface plenamente los ideales de seguridad jurídica ya que responde a los principios de conservación y reproducción del documento.

El protocolo en que el notario hace constar los actos pasados ante su fe pertenece al Estado y es conservado por el notario durante cinco años; después de este tiempo se deposita en el Archivo General de Notarías donde permanece en forma definitiva.

Como actividades accesorias a las ya mencionadas el notario cumple con frecuencia funciones de carácter fiscal cuando verifica, liquida y entera el o los impuestos al fisco; por otra parte, el notario también tiene la obligación de inscribir el testimonio de la escritura en el Registro Público de la Propiedad, siempre y cuando se le hayan cubierto los gastos que cause este trámite.

El notario, en el desempeño de su actividad, debe caracterizarse por su imparcialidad, espíritu conciliador, discreción en los secretos recibidos, equidad en el cobro de los honorarios y preparación técnica y jurídica.

G.- FUNCION DEL ARCHIVO GENERAL DE NOTARIAS

ESTA TESIS
SALIR DE LA
BIBLIOTECA

El Archivo General de Notarías fue creado por la Ley de Notariado de 1901 y regulado por los artículos 91 al 102.

"Anteriormente se consideraba que los protocolos pertenecían a la notaría y que iban pasando del escribano que falleciere o enfermase al que lo sustituyera; sin embargo, algunos escribanos abusaron del empleo de los protocolos ocultándolos o vendiéndolos; esta situación originó una disposición legal que establecía que los protocolos pertenecían al Estado, sin importar que fuera el notario quien a su costa adquiría los mismos, tomando como fundamento que los protocolos, una vez autorizados pertenecen al Estado y por otra parte, el notario da fe en nombre del Estado y no en nombre propio, que los convierte en documentos asentados en nombre del Estado y por lo tanto son propiedad de éste."(29)

En el Distrito Federal, a partir de la entrada en vigor de la Ley de Notariado de 1901 se empezó a realizar la recolección de protocolos; unos se encontraban en poder de los notarios, otros en poder del Ayuntamiento y otros en el Archivo General de la Nación.

El Archivo General de Notarías cumple con las siguientes funciones:

1º.- La guarda de los protocolos cerrados y sus anexos: una vez que el

(29) Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Apuntes para la Historia del Notariado. Ed. Porrúa. México. 1979. pág. 80.

notario ha cerrado un juego de libros o protocolos, debe conservarlo en la notaría con su apéndice durante cinco años; una vez transcurrido este tiempo debe entregarlos al Archivo General de Notarías para su guarda definitiva.

2º.- Autorizar definitivamente las escrituras y las actas notariales de los libros que se encuentren en su poder. En las escrituras existen dos tipos de autorización que son la "Autorización preventiva" y la "Autorización definitiva"; la primera se pone cuando la escritura ha sido leída, explicada y firmada por las partes, poniendo el notario la razón "Ante mí", su firma y su sello; la autorización definitiva se asienta cuando la escritura satisface los requisitos fiscales y administrativos, como son pago del impuesto por adquisición y enajenación, así como aviso a la Secretaría de Hacienda, etc., pero si el notario falleciera en este lapso el Director del Archivo General de Notarías está facultado para autorizarlas definitivamente una vez que se hayan cumplido los requisitos fiscales y administrativos que en cada caso corresponda.

3º.- Expedir testimonios y copias de los instrumentos que constan en los protocolos que se encuentran en su poder; el Director del Archivo está facultado para expedir testimonios y las copias certificadas que le pidan los interesados, entendiéndose como interesados a las partes que intervienen en el acto.

4º.- Verificar la razón de cierre. Una vez que el notario ha utilizado una decena de libros asentará una razón de cierre, la cual es verificada por el Archivo General de Notarías.

5º.- Fungir como centro de registro de actos de última voluntad: para nuestro estudio, esta función es muy importante, ya que conforme al artículo 80 de la Ley de Notariado, el notario ante quien se otorgue un testamento, (abierto, cerrado o público simplificado) deberá presentar un aviso al Archivo General de Notarías. El Archivo, con base en lo anterior, tiene la función de proporcionar informes a los notarios o autoridades que le soliciten información acerca de si

tienen registrado testamento de la persona de cuya sucesión se trate, mencionando a qué personas ha proporcionado los mismos informes con anterioridad.

En los informes de testamento que proporciona el Archivo sólo se menciona el último testamento que el de cujus haya otorgado, ya que el otorgamiento de un nuevo testamento deja sin efecto a los anteriores, salvo disposición expresa en contrario.

En el caso de testamento público simplificado, por tratarse de un testamento de carácter singular, que sólo se refiere a un bien inmueble, es pertinente que en el aviso que el notario debe presentar al Archivo se especifique que se otorgó testamento público simplificado, manifestando si el testador deja subsistente alguna otra disposición testamentaria, indicando la escritura y notario ante quien se otorgó.

Por otro lado es necesario que el Archivo General de Notarías, cuando se le solicite informe sobre la existencia de testamento indique la existencia o no existencia de testamentos públicos simplificados, ya que cada testamento, por su especial naturaleza, podría referirse a diferentes inmuebles.

CAPITULO III

EL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO Y LA

FUNCION NOTARIAL

A.- EL OTORGAMIENTO DE TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO ANTE NOTARIO.

El testamento público simplificado, como ya lo hemos mencionado, se puede otorgar en el mismo acto de la adquisición o regularización de un inmueble o en un acto posterior. La posibilidad que nos da el testamento público simplificado es muy importante, ya que permite que desde el momento mismo en que se adquiere una propiedad se pueda designar a o a las personas a las que se transmitirá la propiedad a la muerte del adquirente.

La responsabilidad del notario en el otorgamiento del testamento público simplificado es amplia; en primer lugar, tenemos que es el encargado de determinar si el inmueble objeto de la operación es sujeto del otorgamiento del testamento público simplificado, ya que es el notario quien hace el cálculo para determinar si está dentro del monto que establece la ley para este tipo de testamentos.

La forma, en el otorgamiento del testamento público simplificado es muy importante, toda vez que el notario debe tomar en cuenta, antes de redactar el testamento la situación patrimonial del otorgante, ya que si éste tuviere otro u otros bienes o si hubiere otorgado otro testamento, el notario tendrá cuidado de analizar la situación, pues si pusiere la cláusula en la que revoca cualquier otra disposición testamentaria otorgada con anterioridad, traería como consecuencia que el único testamento válido sería el testamento público simplificado y se dejarían fuera otras disposiciones testamentarias que no tuvieran nada que ver con el testamento público simplificado; esto provocaría que se tuviera que iniciar un procedimiento judicial por los bienes no comprendidos en el

testamento público simplificado; de ahí que sea sumamente importante que el notario analice la situación y lo estructure adecuadamente conforme a la voluntad del testador.

Para ejemplificar más claramente, redactaremos un testamento público simplificado en una compraventa:

NUMERO
VOLUMEN

EN LA CIUDAD DE MEXICO, a los días del mes de
de mil novecientos noventa y, yo, el licenciado.....
notario público, encargado de la notaría número
del Distrito Federal, hago constar:

I.- EL CONTRATO DE COMPRAVENTA que celebran, de una parte y
como vendedor, el señor JUAN PEREZ GOMEZ, y por otra parte y co-
mo compradora, la señora GABRIELA FUENTES; y -----

II.- EL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO que otorga la señora
GABRIELA FUENTES, al tenor de los siguientes antecedentes y cláus-
ulas: -----

----- ANTECEDENTES: -----

I.- Por escritura número otorgada ante el señor licenciado
..... notario número inscrita en el Registro Público de
la Propiedad de esta ciudad, en el Folio Real número
el señor Juan Pérez Gómez adquirió, por compra que hizo al "Instituto-
Mexicano del Seguro Social, en precio de..... la casa mar-
cada con el número de la calle de la Rosa, y terreno en
que está construida y le corresponde, que es el lote de la --
manzana..... de la Colonia en la Delegación
Distrito Federal, y los siguientes linderos y dimensiones:

II.- Relacionar certificado de libertad de gravámenes, boletas de pre-
dial y agua, constancia de adeudos de la Tesorería del Distrito Fede-
ral, el aviso a que se refiere el artículo treinta y ocho del Código Finan-
ciero del Distrito Federal y el avalúo. -----

-----CLAUSULAS:-----

I.- CONTRATO DE COMPRAVENTA:-----

PRIMERA.- El señor JUAN PEREZ GOMEZ vende, y la señora GABRIELA FUENTES compra y adquiere para sí, en plena propiedad y dominio, sin reserva ni limitación alguna, LA CASA MARCADA CON EL NUMERO TREINTA Y CINCO DE LA CALLE DE LA ROSA y terreno en que está construída y le corresponde, que es el lote..... de la manzana..... de la Colonia con la superficie, linderos y dimensiones determinados en el inciso primero de los antecedentes y que se tienen aquí por reproducidos como si se insertaran a la letra.-----

SEGUNDA.- El precio de esta venta es la cantidad de ciento cincuenta y cinco mil nuevos pesos, que la compradora paga al vendedor en el acto de la firma de este instrumento, quien la recibe a su entera satisfacción y otorga el resguardo correspondiente.-----

(Siguen cláusulas comunes a toda compraventa lisa y llana)

II.- TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO.-----

PRIMERA.- La señora GABRIELA FUENTES, con fundamento en el artículo mil quinientos cuarenta y nueve bis del Código Civil vigente en el Distrito Federal, otorga Testamento Público Simplificado por medio del cual lega en favor de su hijo CARLOS REYES FUENTES, el bien que adquiere en esta escritura y que se identifica en el inciso primero de los antecedentes, cuya superficie, medidas y colindancias se tienen aquí -- por reproducidas como si se insertasen a la letra. La testadora manifiesta ser hija de los señores PEDRO FUENTES y GUADALUPE RUIZ, que viven.-----

SEGUNDA.- En caso de que el legatario instituído no pudiere o no quisiere aceptar el legado que se le confiere, o falleciere antes o al mismo tiempo que la testadora, designa como legatario en segundo lugar a su hermano el señor CARLOS FUENTES.-----

TERCERA.- En el evento de que el legatario instituído en primer lugar -- fuere menor de edad al momento de fallecer la testadora, nombra como tutor y representante para que firme el o los instrumentos notariales necesarios para la adjudicación del presente legado, al señor CARLOS -- FUENTES y en caso de que éste no pueda o no quiera aceptar el cargo conferido, nombra en segundo lugar a su hermano el señor PEDRO ---

FUENTES.

----- YO, EL NOTARIO, DOY FE -----

I.- De que tuve a la vista los documentos de que se ha tomado razón y-
que lo relacionado e inserto de los mismos concuerda fielmente con --
sus originales.

II.- De que los comparecientes, a quienes considero con la capacidad
legal necesaria para este acto, por sus generales declararon ser: ----

(Generales del señor Juan Pérez Gómez)

(Generales de la señora Gabriela Fuentes)

III.- De que en relación con el Impuesto sobre la Renta, manifestaron: -
.....

IV.- De que leí este instrumento a los comparecientes, les expliqué su-
valor y consecuencias legales, manifestaron su conformidad con él y --
lo firmaron en comprobación hoy día.....

Del formato del testamento público simplificado pueden surgir las siguientes
interrogantes:

¿Por qué no se indica la hora del otorgamiento en el proemio, como en el
testamento público abierto? Porque el objeto de señalar la hora del
otorgamiento de un testamento, tiene la finalidad de determinar si el otorgante
era capaz al momento del otorgamiento del testamento; en el testamento
público simplificado esto no es necesario si se hace en el mismo acto de la
adquisición y no en acto posterior, ya que si el otorgante tenía capacidad para
adquirir también la tenía para testar y por lo tanto no se podría objetar su
capacidad en ese acto, pues al mismo tiempo se estaría teniendo por nula la
adquisición; además, el notario certifica la capacidad legal de las partes para el
otorgamiento de ese acto. Cuando se otorgue el testamento público simplificado
en acto posterior a la adquisición, se hace necesario señalar la hora del
otorgamiento a efecto de determinar la capacidad del otorgante.

¿Por qué no hay testigos? Esto se debe a que conforme a la reforma de los artículos 1512 y 1513 del Código Civil para el Distrito Federal, los testigos sólo son necesarios en casos específicos o cuando el testador o el notario lo solicitan, sin que la ausencia de testigos le reste valor alguno al testamento público simplificado.

¿Por qué no hay designación de albacea? No es necesario designar albacea, ya que la ley permite que en el testamento público simplificado el legatario reclame directamente la entrega del inmueble sin que sea necesario hacer el inventario y avalúo de los bienes del de cujus.

B.- EXPEDICION DE TESTIMONIOS DEL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO.

La fe pública notarial es siempre documental. Los documentos notariales son aquéllos que constan en forma original en los protocolos, escritura pública y acta, así como en los testimonios y copias certificadas.

"El protocolo es el conjunto de libros formados por folios numerados y sellados donde el notario asienta y autoriza las escrituras.

La escritura es el documento donde el notario hace constar distintos actos jurídicos, a diferencia de la acta, que es donde el notario hace constar hechos presenciados por él.

Los testimonios y las copias certificadas son copias en que se transcribe íntegramente una escritura o acta notarial; su diferencia radica en que el testimonio es un documento que está autorizado definitivamente y la copia certificada no necesariamente debe estar autorizada definitivamente para poder ser expedida".(30)

El testamento, como acto jurídico que surtirá efectos después de la muerte del otorgante, solamente le concierne al testador y por tal razón en vida de éste no se le expide copia del mismo a ninguna persona, con excepción del propio testador; esto se hace para proteger la voluntad del testador de presiones y conflictos familiares que podría tener si se conociera el contenido del testamento.

(30) Cfr. Carral y de Teresa, Luis. Derecho Notarial y Derecho Registral. Ed. Porrúa. México. 1988. 10a. ed.; pág. 70.

El testamento público simplificado, por ser un acto que se otorga en la misma escritura de adquisición, es susceptible y puede ser conocido por muchas personas, ya que el título de propiedad es un documento de uso constante en diversos trámites administrativos.

Por lo anterior, se hace necesario que el notario, cuando se otorgue un testamento público simplificado, expida dos testimonios parciales, uno con la compraventa o la regularización y otro con el testamento, permitiendo así que el contenido de éste sólo sea conocido por su otorgante.

El artículo 93, párrafos tercero y cuarto de la Ley de Notariado, permiten al notario expedir testamentos parciales, siempre que la parte omitida no cause perjuicio a una tercera persona, lo cual en el testamento público simplificado no se da, ya que el testamento sólo interesa al testador y, por otra parte, la adquisición o regularización del inmueble y el testamento son actos independientes, cuya omisión en la expedición del testimonio no causa perjuicio a terceras personas.

C.- LA TRAMITACION DE LA SUCESION ANTE NOTARIO

Antes de entrar al estudio de nuestro tema es conveniente conocer los antecedentes y la doctrina de la tramitación de las sucesiones ante notario, que surge en el año de 1932 en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, artículos 872 al 876.

Existen dos posiciones al respecto: La primera sostiene que la tramitación ante notario es un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Analizaremos brevemente algunos aspectos de la jurisdicción voluntaria para determinar si la tramitación ante notario está dentro de este procedimiento.

a) La mayoría de los autores procesalistas niegan la existencia de la jurisdicción voluntaria. José Becerra Bautista dice: "La doctrina ha llegado a la conclusión de que la jurisdicción voluntaria ni es jurisdicción, porque no tiende a la aplicación de la ley a una cosa controvertida entre las partes, ni es voluntaria porque los particulares se ven forzados a recurrir a ella si se quiere asegurar la eficacia de un acto jurídico determinado, cuando el legislador ha subordinado la eficacia jurídica de ese acto a la intervención de un juez".(31)

Piero Calamandrei la define como: "La administración pública del derecho privado ejercida por órganos judiciales. La jurisdicción voluntaria entra por consiguiente en la actividad social, no en la actividad jurídica del Estado; también para ésta, lo mismo que para la actividad administrativa, el derecho no

(31) Becerra Bautista, José. El Proceso Civil en México. Ed. Porrúa. México. 1977. pág. 443.

es fin sino medio, que sirve para la satisfacción de otros fines, esto es, para la constitución de nuevas relaciones correspondientes a intereses sociales dignos de especial asistencia".(32)

b) La tramitación de las sucesiones ante notario puede analizarse desde el punto de vista formal y material. Formalmente los actos y hechos jurídicos pueden ser judiciales, legislativos o administrativos, de acuerdo con el órgano que los realiza. Si los realiza un órgano administrativo será acto formalmente administrativo; si lo realiza un juez será formalmente jurisdiccional. El caso que nos ocupa no consiste en un acto formalmente jurisdiccional, pues también puede ser tramitado ante un notario, que en última instancia depende del poder ejecutivo. Desde el punto de vista material se distinguen los actos de acuerdo con su naturaleza jurídica. El acto administrativo por esencia es la condición, pues con él se realiza la aplicación de una norma jurídica general a un caso concreto.

La tramitación de las sucesiones ante notario, desde el punto de vista formal no es un acto jurisdiccional, por no haber sido substanciado ante un organismo judicial. Desde el punto de vista material tampoco lo es pues no tuvo como motivo la existencia de un conflicto, ni tampoco como fin el restablecimiento del orden jurídico, ya que la actuación del notario en estos casos se limita a hacer constar declaraciones y convenios ante él formalizados precisamente cuando no hay conflicto entre las partes.

(32) Calamandrei, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Ed. Depalma. Buenos Aires. págs. 113 a 115.

c) El Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal señala como características de la jurisdicción voluntaria las siguientes:

Se requiere la intervención del juez. (Art. 893)

Se tiene que oír al Ministerio Público (Art. 895)

Se termina con la resolución que dicta el juez, la cual es de carácter declarativo.

La actividad del notario no concluye en una sentencia; se reduce a hacer constar hechos y actos jurídicos excluyendo todo tipo de decisiones.

Segunda posición: La tramitación de las sucesiones ante notario es un convenio. En caso de testamentaria, para la tramitación ante notario la ley presupone la existencia de un testamento público, que los herederos sean mayores de edad y que no haya controversia entre ellos. Cuando se dan los supuestos anteriores, el albacea, con el acta de defunción del autor de la herencia y un testimonio del testamento, se presenta ante notario junto con los herederos para hacer constar la aceptación de la herencia y el cargo de albacea, el reconocimiento mutuo de sus derechos hereditarios y la manifestación de que se procederá a formular los inventarios. Si los herederos entran en controversia el notario dejará de conocer la sucesión y entonces se radicará ante un juez de lo familiar.(33)

Una vez aceptada la herencia y el cargo de albacea, para dar a conocer este acontecimiento, se tienen que hacer dos publicaciones con diez días de

(33) Cfr. Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Derecho Notarial. Ed. Porrúa. México. 1993. pág. 141.

diferencia, en uno de los periódicos de mayor circulación de la República.

Por otra parte, el Código Civil para el Distrito Federal impone la obligación para jueces y notarios que intervengan en la tramitación de una sucesión, pedir informes al Archivo General de Notarías y al Archivo Judicial, a fin de enterarse si en dichas dependencias se encuentra depositado u otorgado testamento público abierto, cerrado u ológrafo. Una vez que se realizan las publicaciones mencionadas, el albacea presenta al notario el inventario para su protocolización y el proyecto de partición aprobado por los herederos, tras de lo cual se adjudica el acervo hereditario.

La naturaleza jurídica del acto realizado ante notario denominado protocolización de inventarios y proyecto de partición, no es en realidad, como indica la ley, un acta notarial de protocolización, sino el otorgamiento de una escritura, ya que se trata de la transmisión de derechos reales, que de acuerdo con el artículo 78 de la Ley de Notariado, deberá hacerse constar en escritura pública.

Los actos jurídicos otorgados en la tramitación de la sucesión ante notario y la adjudicación de bienes por herencia no se protocolizan ni ratifican, se otorgan ante notario en escritura pública; así lo ordenan los artículos 1777 del Código Civil y 869 del Código de Procedimientos Civiles.

Art. 1777.- La partición constará en escritura pública siempre que en la herencia haya bienes cuya enajenación deba hacerse con esa formalidad.

Art. 869.- La escritura de partición, cuando haya lugar, o su otorgamiento, deberá contener además de los requisitos legales:

I.- Los nombres, medidas y linderos de los predios adjudicados, con expresión de la parte que cada heredero adjudicatario tenga obligación de devolver si el precio de la cosa excede, o de recibir si falta.....

Esta última postura es la más aceptada y nos señala los pasos que en la práctica notarial se sigue en la tramitación de las sucesiones.

Con relación a la tramitación de la sucesión en el testamento público simplificado, el artículo 1549 bis, Fracción VI del Código Civil, nos indica que la titulación notarial de la adquisición por los legatarios se hará en los términos del artículo 876 bis del Código de Procedimientos Civiles, que a la letra dice:

"Art. 876.- Para la titulación notarial de la adquisición por los legatarios 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 público 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 o inexistencia de testamento. En 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, y

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".

Conforme a lo establecido en el artículo anterior, para proceder a la adjudicación de un bien legado en testamento público simplificado, primero se debe redactar un instrumento donde el notario transcriba en lo conducente el testamento público simplificado y la designación del legatario, relacionando en dicho instrumento el acta de defunción del testador, así como las constancias respectivas que nos señala la fracción III del artículo citado. La aceptación del legado se dará a conocer mediante una publicación. Después se redactará un segundo instrumento en el cual el notario hará constar la adjudicación del bien legado a favor del legatario.

En el procedimiento de adjudicación notamos que el legislador establece únicamente la necesidad de hacer una publicación y no dos como se realiza en las aceptaciones de herencia derivadas de testamento público abierto, situación que no se podría considerar como una gran ventaja, ya que sólo se reduce el tiempo para seguir el procedimiento, puesto que no se tiene que esperar los

diez días a que se refiere el artículo 873 del Código de Procedimientos Civiles y se ahorra el costo de una publicación.

Por otra parte, el artículo 876-bis, en su fracción III no señala que el notario debe recabar del Archivo General de Notarías y del Archivo Judicial las constancias relativas a la existencia o inexistencia de testamento. En caso de que el testamento público simplificado sea el último otorgado, el notario podrá continuar con los trámites. Esto nos presenta un problema, ya que el testamento público simplificado, por su especial naturaleza, no necesariamente tiene que ser el último otorgado por el testador, ya que el testamento público simplificado sólo se refiere a un bien inmueble y el testador podría llegar a tener otros bienes inmuebles o muebles y si los quisiera heredar al momento de otorgar testamento por estos bienes, dejaría sin efecto al testamento público simplificado o, si otorgare otro sin que en las disposiciones de éste se toque el inmueble del testamento público simplificado; aun así, el testamento público simplificado quedaría sin efecto, ya que conforme al texto de la ley, el testamento público simplificado debe ser el último; de lo contrario, el notario ya no podría continuar con la adjudicación del legado.

Conforme a la redacción de esta fracción, aquél que otorga un testamento público simplificado no puede otorgar otras disposiciones testamentarias por otro u otros bienes que pudiera llegar a tener con posterioridad al otorgamiento del testamento público simplificado, pues la ley dispone que éste debe ser el último para que se pueda proseguir con la adjudicación. La redacción de esta fracción constituye un obstáculo al desarrollo del testamento público simplificado y es necesario que se reforme la ley de tal manera que se dé la posibilidad al testamento público simplificado de subsistir junto con otro u otros

testamentos, siempre que el bien legado en aquél no se encuentre comprendido en otro testamento posterior o que sea revocado expresamente.

Resulta absolutamente necesario que el legislador reforme esta fracción de tal manera que sea más clara en su redacción para evitar confusiones o una interpretación inadecuada del precepto, lo que traería como consecuencia un desuso de la figura jurídica.

D.- JURISPRUDENCIA

1. ASOCIACIONES RELIGIOSAS.- Debe observarse que en el caso se trata de un credo cristiano, puesto que el templo en el que lo practican se denomina "Jesús, Elías y María". Además, a la anterior denominación del templo se añaden estas palabras "del Grupo del Sexto Sello", que están indicando que se trata de un culto novedoso y original, que tal vez sólo practiquen los miembros del patronato beneficiado y algunos otros grupos afines. No se trata, pues, de las iglesias cristianas de gran rango histórico, como la católica-romana, la anglicana, la protestante, la ortodoxa, etc. Esta aclaración es importante, pues en estos últimos credos, no sólo funcionan gobiernos eclesiásticos, sino sacerdote, pastores, popes y en general ministros del culto religioso al que pertenecen. Pero en los pequeños grupos religiosos, como el demandado, no existen ni gobiernos y jerarquía eclesiástica, de tal manera que el pequeño grupo que practica el culto integra la asamblea de feligreses, es decir, la iglesia, que en su acepción gramatical significa: "congregación de fieles". Por tanto, no importa que ninguno de los miembros del patronato tenga carácter sacerdotal, para que la asociación religiosa llamada "Iglesia Espiritual Jesús, Elías y María, del grupo Sexto Sello", sea considerada como una de las varias "asociaciones religiosas denominadas iglesias, cualquiera que sea su credo", a que se refiere el artículo 27 constitucional, fracción II. Su misma denominación "Iglesia Espiritual..." está revelando su índole de "iglesia". Por consiguiente, carece de capacidad para heredar ningún predio y consecuentemente, es nulo el testamento en que se instituyó a la asociación nombrada heredera de ese bien raíz.

Amparo directo 4959/70, Simón de Jesús Molina, 3 de marzo de 1972. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Enrique Martínez Ulloa.

2. TESTAMENTOS, CAPACIDAD PARA OTORGARLOS. CABAL JUICIO. Es verdad que la ley parte de una idea positiva de la capacidad del testador, al decir en el artículo 1,306, fracción II, del Código Civil, que están incapacitados para testar los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio. Sin embargo, la dicción empleada en dicho precepto, sin pretensión científica, tiene una amplia comprensión práctica; y aun cuando el término "cabal" es sinónimo de completo, justo, acabado y exacto y en tal sentido no parece posible predicarse de la salud mental que, como la física, es raramente perfecta, también por "cabal" se entiende lo normal, en cuya acepción, indudablemente, la ley la emplea, refiriéndose a que el acto de testar reúna los requisitos propios del acto verdaderamente humano, caracterizado porque se realice con inteligencia o conocimiento de su significado y alcance y con voluntad propia de querer el fin

que con el mismo se persigue; voluntad que la falta de inteligencia vicia por no poderse querer lo que antes no es conocido, y por ello el estado patológico natural por vía de demencia, impide al testador hallarse en su cabal juicio; caso en el cual no se halla un testador en el momento de otorgar su testamento, si las pruebas revelan que en ese momento disfruta de discernimiento, conciencia y voluntad, por haber desaparecido el estado de confusión mental en que estuvo hasta dos días antes de dictar su disposición testamentaria.

Amparo directo 2444/69. Guadalupe Gleason de Quiroz. 22 de julio de 1974. 5 votos. Ponente: Ernesto Solís López, Secretario: Ignacio Nieto Kasuski.

3. TESTAMENTO. NULIDAD DEL CASO EN EL CUAL NO PROCEDE, AUN CUANDO SE ACREDITE QUE EL TESTADOR SE ENCONTRABA CASADO BAJO EL REGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL. La circunstancia de que el testador hubiere designado como su única y universal heredera a una hija, no trae como consecuencia lógica y necesaria que su cónyuge se vea privada del cincuenta por ciento que le corresponde, según expresé, a virtud del matrimonio que bajo el régimen de sociedad conyugal celebró con el testador, si de la citada disposición testamentaria se advierte que el testador emitió su voluntad en el sentido de nombrar como su única y universal heredera de todos sus bienes, presentes y futuros, a su hija, por lo que, aun en el supuesto de que la citada cónyuge siguiera casada con el testador, obviamente que en nada le afectaría la disposición de que se trata, toda vez que, como se deja dicho, sólo dispuso de sus bienes, mas no de los de terceras personas, como lo son los derechos que pudieran corresponderle a la cónyuge dentro de la sociedad conyugal; ello, independientemente de que si se llegara a actualizar la hipótesis que señala la citada cónyuge, ésta se encontraría en aptitud legal de ejercitar la acción correspondiente, pero no reclamar la nulidad del testamento en cuestión.

Amparo directo 3162/75. José Angel Rosales Martínez y María de la Luz Martínez Rosales. 18 de noviembre de 1977. 5 votos. Ponente: Salvador Mondragón Guerra.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Volúmenes 103-108. Cuarta Parte, julio-diciembre, 1977. Tercera Sala, página 179.

4. TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO REDACTADO POR EL ESCRIBIENTE DE LA NOTARIA. (LEGISLACION DEL ESTADO DE YUCATAN). En el supuesto caso de que se hubiera llegado a demostrar que el fedatario no fue quien escribió un testamento público abierto, sino que lo hubiera hecho alguno de los escribientes o amanuenses de la notaría, ello no restaría validez alguna a dicho acto jurídico, toda vez que éste no es elemento esencial del acto;

y si de su lectura, se deduce que en su elaboración se observaron todos y cada uno de los requisitos esenciales que estatuye la Ley, puesto que se asentó que dicho funcionario asistió al otorgamiento, que se cercioró del cabal juicio del de cujus, que se hizo acompañar de los tres testigos que requiere el artículo 2,303 del Código Civil del Estado de Yucatán, que se elaboró bajo su vigilancia y dirección, que dio lectura a cada una de las cláusulas, que firmó el documento dando fe del acto, por esta razón su actuación se encontró ajustada a lo previsto por los artículos 2,303 al 2,307 del ordenamiento citado.

Amparo directo 5927/75. Gladys Chami Manzanilla de Oramas. 28 de julio de 1977. Mayoría de 3 votos. Ponente: J. Ramón Palacios Vargas. Disidente: Salvador Mondragón Guerra.

5. TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO REDACTADO POR LA ESCRIBIENTE DE LA NOTARIA. Aun cuando el testamento público abierto haya sido redactado en el protocolo por conducto de una escribiente de la notaría, debe establecerse su plena validez si el notario intervino en dicha redacción, por haberse otorgado ante su vigilancia y dirección, porque su asistencia en el momento del otorgamiento vigilando el cumplimiento de las formalidades establecidas por la ley, justifican su intervención en términos del artículo 1,397 del Código Civil para el Estado de Durango máxime si consta que el propio notario dio lectura a las cláusulas del testamento y firmó el instrumento dando fe del acto.

Amparo directo 3172/71. Marco Antonio Irigoyen Sánchez. 2 de julio de 1973. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Enrique Martínez Ulloa.

6. TESTAMENTOS. TESTIGOS INSTRUMENTALES Y DE IDENTIDAD. DIFERENCIAS. En relación con la escritura pública donde se otorga un testamento público abierto, tanto el Código Civil como la Ley del Notariado del Distrito Federal distinguen perfectamente entre testigos instrumentales y testigos de identidad; aquéllos, son los que presencian el acto solemne del testamento, en presencia de quienes el testador dispone de sus bienes, instituye herederos y legatarios, nombra albacea y demás particulares del testamento; en cambio, los testigos de identidad o de conocimiento se limitan a manifestar al Notario que conocen al testador y que es la persona cuyo nombre le ha proporcionado, sin notar en él signos patentes de incapacidad natural e ignorar que esté sujeto a incapacidad civil. El artículo 1,515 del Código Civil dispone que en el caso de extrema urgencia y no pudiendo ser llamado otro testigo, firmará por el testador uno de los instrumentales, cuando el testador no pudiere o no supiere escribir, en cuyo caso el artículo anterior ya había dispuesto que interviniera otro testigo, además de los

instrumentales. Estos preceptos están denotando claramente que los testigos instrumentales sólo son aquellos tres a que alude la definición misma de testamento público abierto, consignada en el artículo 1,511. La Ley del Notariado del Distrito Federal aclara con toda precisión cuáles son los testigos de identidad y su objeto, como puede verse en los artículos 34, fracción XI, 36 y 37, y especialmente este último establece quiénes pueden ser testigos de identidad. Establecida esta distinción entre testigos instrumentales y de conocimiento o de identidad del otorgante, salta a la vista que la prohibición contenida en la fracción VI del artículo 1,502 del Código Civil sólo se refiere a los instrumentales, en el sentido de que no podrán ser testigos del testamento público abierto los herederos o legatarios, sus descendientes, ascendientes, cónyuge o hermanos.

Amparo Directo 2212/67. Josefina Contreras Vda. de Gómez y Coags. 29 de marzo de 1968. 5 votos. Ponente: Mariano Azuela. La ejecutoria aparece publicada parcialmente en las páginas 17 y siguientes.

7. ALBACEAS PROVISIONALES, FACULTADES DE LOS. (LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA). De acuerdo con lo establecido por los artículos 834, 893 y 894 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Puebla, los albaceas provisionales nombrados por el juez en el primer auto que dicte en un juicio sucesorio, sólo tienen el carácter de simples administradores, razón por la cual para formular demandas que tengan por objeto recobrar bienes o hacer efectivos derechos pertenecientes a la sucesión y contestar las que contra ésta se promuevan, necesita la previa autorización judicial, siempre y cuando dentro del mes siguiente a su nombramiento, no se haya hecho la declaración de herederos, o antes de que concluya dicho término se plantee un caso muy urgente; consecuentemente, si el albacea provisional no se encuentra en los casos de excepción señalados, carece de legitimación para apersonarse a un juicio, en representación de la sucesión en que fue designado con tal carácter y el emplazamiento que llegare a hacerse con ese carácter para comparecer a juicio, carece de validez.

Amparo en revisión 330/78. Victoria Anani Aguilar. 15 de junio de 1978. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Bravo y Bravo. Secretaria: Irma Moreno Montiel.

Informe 1978. Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, Núm. 3, página 342.

8. ACCION DE PETICION DE HERENCIA. NO BASTA ACREDITAR EL PARENTESCO, SINO QUE ES NECESARIO NO ESTAR EXCLUIDO POR LA LEY. En la sucesión legítima no basta acreditar el parentesco, sino que es necesario no estar excluido por la ley a pesar de tenerlo. Al

efecto, el artículo 1,604 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, establece que los parientes más próximos excluyen a los más remotos, salvo lo dispuesto en los artículos 1,609 y 1,632. El artículo 1,608 dispone que cuando concurren descendientes con el cónyuge que sobreviva, a éste le corresponderá la porción de un hijo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1,624. En la especie, concurre una hija del autor de la herencia con la cónyuge supérstite, pero quien ejercita la acción de petición de herencia es la madre del de cujus. Sobre este particular el artículo 1,611 del Código Civil invocado establece que concurriendo hijos con ascendientes, éstos sólo tendrán derecho a alimentos, que en ningún caso pueden exceder de la porción de uno de los hijos. Esto significa que los herederos que excluyen a los ascendientes son los hijos y el cónyuge supérstite, si estos últimos concurren con ascendientes, la ley establece la preferencia para considerarlos como herederos, y a aquéllos sólo les concede el derecho a alimentos, pero no en calidad de herederos, ya que, la situación de tal acreedor alimentario, de ninguna manera se equipara a la de un heredero.

Amparo directo 4066/71. Victoria Ubaldo Arellano. 8 de febrero de 1973. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez.

Informe 1973. Tercera Sala, página 25.

9. HEREDEROS, CASOS EN LOS QUE PUEDEN OCURRIR AL JUICIO DE AMPARO A RECLAMAR ACTOS DERIVADOS DEL JUICIO SUCESORIO. En los juicios sucesorios los herederos tienen como principal interés recibir la parte de la herencia que legalmente les corresponda; pero para lograrlo es necesario seguir el procedimiento que para el efecto fija la ley, siendo entre tanto el albacea el único representante de la totalidad de los herederos y el que debe ejercitar las acciones y derechos que correspondan a la sucesión. Pero en las mismas leyes que regulan ese procedimiento, se conceden ciertos derechos a los herederos en forma individual, tales como emitir su voto para el nombramiento de albacea definitivo y de perito valuador; formular inventario de los bienes de la herencia cuando no lo haga el albacea de la sucesión en el término legal; impugnar el inventario presentado por el albacea; solicitar el nombramiento de interventores, y otros. Cuando se violan estos derechos, los herederos sí pueden impugnar esas violaciones mediante los recursos o medios de defensa que establezca la ley; y también están legitimados para promover el juicio de amparo en los términos del artículo 4º de la ley de la materia, ya que si un acto de autoridad viola cualquiera de los derechos señalados, lógicamente se les está causando un perjuicio a los herederos considerados particularmente, y no a la sucesión.

R.C. 125/73. Félix Galindo. 13 de abril de 1973. Unanimidad de votos. Ponente: Ernesto Díaz Infante.

Informe 1973, Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Civil, página 6.

10. PETICION DE HERENCIA, LOS JUICIOS DE, SON ACUMULABLES A LOS SUCESORIOS. (LEGISLACION DEL ESTADO DE QUERETARO). De conformidad con la fracción V del artículo 733 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Querétaro, los juicios de petición de herencia se acumulan a los sucesorios, lo cual significa que ambos juicios forman una unidad procesal y, por tanto, las actuaciones del juicio sucesorio deben tenerse en cuenta en el juicio de petición de herencia y viceversa.

Amparo directo 5660/75. Salvador Sinécio Esquivel. 27 de junio de 1977. 5 votos. Ponente: David Franco Rodríguez. Secretario: Efraín Ochoa Ochoa.

Informe 1977. Tercera Sala, página 128.

11. HERENCIA, DERECHO A LA. CONCURRENCIA DE HERMANOS DEL DE CUJUS CON SOBRINOS. Es inaceptable la pretensión de la hermana de la autora de la sucesión en el sentido de que sus sobrinos (hijos de un hermano premuerto), no tienen derecho a heredar porque su padre no renunció a la herencia, invocando en su apoyo el artículo 1,631 del Código Civil que establece: "Si concurren hermanos con sobrinos hijos de hermanos o de medios hermanos premuertos, que sean incapaces de heredar o que hayan renunciado la herencia...", pues la interpretación de tal precepto, en relación con los artículos 1,665 y 1,666 del mismo ordenamiento, hace llegar a la convicción de que la frase "que sean incapaces de heredar o que hayan renunciado la herencia" no explica ni rige a la anterior "hijos de hermanos o medios hermanos premuertos", sino que establece casos distintos dentro de una enumeración de sujetos concurrentes.

Amparo en revisión 51/79. Aurora Guzmán Mardueño viuda de Espinosa de los Monteros. 21 de febrero de 1979. Unanimidad de votos. Ponente: Luz María Perdomo Juvera. Secretario: Jorge Arenas y Gómez.

Informe 1979. Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Civil. Núm. 15, página 162.

12. ALBACEA. CARECEN DE FACULTADES PARA CELEBRAR ACTOS DE DOMINIO (LEGISLACION DEL ESTADO DE COAHUILA). De acuerdo con lo que dispone el artículo 1,185 del Código Civil del Estado de Coahuila, mientras no se hace la división, los herederos tienen

derecho a la masa hereditaria como a un patrimonio común. Y según el artículo 1,186, cada heredero puede disponer del derecho que tiene en la masa hereditaria, pero no de las cosas que forman la sucesión. Lo anterior significa que la masa hereditaria constituye una copropiedad, cuyo representante, el albacea, sólo puede actuar, en consecuencia, dentro de las facultades que le otorgan la ley o los herederos. Las facultades que la ley confiere a los albaceas, según se deduce de lo dispuesto en los artículos 1,602, 1,603, 1,604, 1,609, 1,613, 1,619, 1,622 y relativos del citado Código Civil son, esencialmente, de administración y no sólo no existe precepto alguno que los autorice para que, sin consentimiento de los herederos, puedan celebrar actos de dominio a nombre de la sucesión o comprometer en alguna forma su patrimonio, sino que, por el contrario, hay disposiciones como las de los artículos 1,614, 1,616 y 1,617 del invocado Código Civil, que exigen el consentimiento de los herederos para gravar o hipotecar los bienes de la herencia, para transigir o comprometer los negocios de la sucesión y aun para pagar una deuda o para hacer un gasto urgente, cuando para ello sea necesario afectar los bienes sucesorios. Procede concluirse, entonces, que el albacea carece de facultades para comprometer los bienes de la herencia por medio de la celebración de un acto de dominio, sin contar con el consentimiento de los herederos o, en su caso, con autorización judicial.

Amparo directo 3133/61. Rafael González Cepeda. 14 de febrero de 1966. 5 votos.
Ponente: Enrique Martínez Ulloa.

13. SUCESIONES. FUNCIONES DE LOS INTERVENTORES, EN LAS. EL INTERVENTOR EN UNA SUCESION TIENE CAPACIDAD PARA APELAR. (ARTICULO 1,728 DEL CODIGO CIVIL). De conformidad con el artículo 689 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, pueden apelar, entre otros, los interesados a quienes perjudique la resolución judicial. El interventor, a quien se refiere el artículo 1,728 del Código Civil, plantea una cuestión de interés en obrar, condición necesaria para proponer una impugnación contra una resolución judicial que afecta los intereses de los herederos. Como el apelante acreditó su carácter de interventor del albacea de la sucesión, tiene interés en obrar, o sea, la utilidad de provocar en su favor la tutela de su derecho y, por esta razón, es legal la iniciación del recurso de apelación promovido, y la Sala del Tribunal debe admitirla y fallarla como proceda.

Amparo en revisión 90/78. Sucesión de Elisa Escárcega viuda de Alvarez y otra. 12 de julio de 1979. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: Clara Eugenia González Avila Urbano.

14. SUCESIONES, DEUDAS DE LAS. La excepción que la ley establece y que impide el ejercicio de cualquiera acción en contra de una sucesión, entre tanto no quedan terminados los inventarios de la misma, debe entenderse limitada al período de tiempo indispensable, con arreglo a la ley, para que dichos inventarios sean formulados y aprobados; de manera que si por negligencia del albacea o de los herederos o por cualquier otra circunstancia, los expresados inventarios no son judicialmente aprobados dentro de dicho término pueden los acreedores deducir ante los tribunales las acciones que les correspondan.

Quinta Epoca:

Tomo XVIII, pág. 116. Ramos Vda. de Aguirre, Josefa, Suc.

Tomo XXIX, pág. 1119. Pérez de Ancona, Genoveva.

Tomo XXIX, pág. 2244. Barroso, Ana María.

Tomo XXXI, pág. 175. Vales Millete, Carlos.

Tomo XXXII, pág. 1089. Gil de Heaven, Manuela, Suc. de

15. HEREDEROS. (INCAPACIDAD DE ADQUIRIR POR RAZON DE DELITO). El artículo 1,213 del Código Civil del Estado de Nuevo León, dice: "Por razón de delito son incapaces de adquirir por testamento o intestado: I... II. El que haya hecho contra el autor de la sucesión sus ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuges, acusación de delito que merezca pena capital o de prisión, aun cuando aquélla sea fundada, si fuere su descendiente, su ascendiente, su cónyuge o su hermano a no ser que ese acto haya sido preciso para que el acusador salvara su vida, su honra o la de sus descendientes, ascendientes, hermanos o cónyuge." Se advierte que esta fracción alude en primer lugar al autor de la sucesión, de lo que se collige, forzosamente, que la denuncia del hecho delictuoso tiene que suceder, necesariamente, antes de su muerte, pues sería un absurdo jurídico formular acusación penal contra un difunto. Lógicamente debe quedar en la misma situación jurídica el caso de los ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuge, que son los demás a quienes so pena de incurrir en la sanción de incapacidad de heredar, no se les puede denunciar por la comisión de un hecho penado con "pena capital o prisión", toda vez que en el texto de la fracción II de que se trata, no se hace ningún distingo entre los diversos casos que regula, de tal manera que si la denuncia contra el de cujus forzosamente debe presentarse antes de su fallecimiento, la misma interpretación corresponde hacer por lo que atañe a los descendientes, ascendientes, hermanos o cónyuge del autor de la herencia, máxime que esta exégesis del precepto que se estudia encuentra un sólido apoyo en el artículo 1,215, que dispone: "Cuando la parte agraviada de cualquiera de los modos que expresa el artículo 1,213, perdonare al ofensor, recobrará éste el derecho de suceder al ofendido, si el perdón consta por declaración auténtica o por hechos

indubitables." Es decir, "suceder al ofendido", quiere decir, heredar al autor de la herencia y, por lo mismo, si éste perdona la ofensa, necesariamente tiene que hacerlo en vida y, por tanto, la denuncia del hecho delictuoso contra sus ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuge debe efectuarse durante la vida del autor de la sucesión, para que éste se encuentre en posibilidad de perdonar la ofensa.

Amparo directo 911/71. Fermin Martínez Villarreal. 6 de julio de 1972. 5 votos. Ponente: Enrique Martínez Ulloa.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Por las características del testamento público simplificado no se le puede considerar como un testamento ordinario, de ahí que sea necesario modificar el artículo 1500 del Código Civil y adicionar el artículo 1501 para quedar de la siguiente manera:

1500.- El ordinario puede ser:

- I.- Público abierto,
- II.- Público cerrado y
- III.- Ológrafo.

1501.- El especial puede ser:

- I.- Privado.
- II.- Militar
- III.- Marítimo.
- IV.- Hecho en país extranjero y
- V.- Público simplificado.

SEGUNDA.- Es necesario que el valor del inmueble sujeto del testamento público simplificado sea mayor que las veinticinco veces el salario mínimo general elevado al año (\$206,225.00 aproximadamente) que actualmente marca la ley, puesto que la tendencia general es que los salarios se vayan rezagando en relación con los precios de los bienes, de ahí que esta cantidad sea muy baja. Considero que se debería ampliar el monto de una manera más realista y en el mejor de los casos se deberá liberar el valor del inmueble estableciéndose como única restricción que el inmueble sujeto del testamento público simplificado se destine a casa habitación.

TERCERA.- Es necesario reformar el artículo 876 bis del Código de Procedimientos Civiles en su fracción III donde se establece que el notario deberá recabar las constancias relativas a la existencia o inexistencia de testamento, donde textualmente se indica lo siguiente: "En 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". La redacción de este párrafo no es correcta, ya que el testamento público simplificado no necesariamente tiene que ser el último otorgado, pues por su naturaleza se refiere sólo a un bien inmueble y el testador puede otorgar otro u otros testamentos sobre bienes distintos al inmueble objeto del testamento público simplificado, por lo tanto, y siguiendo este orden de ideas, el testamento público simplificado no debe ser revocado por un testamento posterior, salvo que se haga de manera expresa la revocación, pues así no se coarta la libertad del testador de disponer en forma diversa de los bienes distintos al objeto del testamento público simplificado y a las ventajas que éste ofrece a los legatarios.

Para una mayor claridad considero que esa fracción debería quedar redactada de la siguiente manera:

"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 o inexistencia de testamento; si de las mismas se desprende que el testamento público simplificado presentado es el último o en su caso que no ha sido revocado por una disposición posterior, el notario podrá continuar con los trámites siempre que no existiere oposición".

CUARTA.- Es necesario adicionar el artículo 80 de la Ley de Notariado para el Distrito Federal, para establecer como obligación del notario ante quien se otorgue un testamento, la de mencionar en su aviso respectivo si se han dejado vigentes algunas otras disposiciones testamentarias.

El artículo quedará adicionado de la siguiente manera:

80.- Siempre que se otorgue un testamento público abierto, cerrado o simplificado, el notario ante quien se otorgare presentará el aviso al Archivo General de Notarías dentro de los cinco días hábiles siguientes, en el que expresará el número y fecha de la escritura, nombre y apellidos, fecha y lugar de nacimiento, estado civil, nacionalidad, ocupación y domicilio del testador; también se deberá expresar si el testador deja vigente alguna disposición testamentaria anterior, y recabará la constancia correspondiente....."

QUINTA.- Por último, quiero reiterar que no se debe permitir que el testamento público simplificado se convierta en una figura obsoleta por el simple hecho de que algunos le nieguen el carácter de testamento, por ser diferente a los tipos de testamentos que se conocen; si no fuera una figura nueva no se podría hablar de ventajas o novedades en ella, pero como figura jurídica nueva debe ser ajustada de tal manera que se utilice en forma óptima; por ello considero que debe ser estudiado y comprendido y no simplemente rechazarlo sin antes analizarlo concienzudamente. Por otra parte, el derecho y las leyes deben ir adecuándose a las circunstancias de su tiempo y en este caso el testamento público simplificado representa una innovación que puede llegar a ser de gran beneficio para las familias, ya que simplifica la adjudicación del patrimonio familiar por vía de sucesión.

SEXTA.- Cabe mencionar que en relación con el testamento público simplificado no hay jurisprudencia, ya que se trata de una figura de reciente aparición, la cual aún no es totalmente aceptada por los notarios y los términos actuales de la ley limitan el campo de aplicación.

BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA

- 1.- Arce y Cervantes, José.
De las Sucesiones.
Ed. Porrúa.
México. 1992. Pág. 245.
- 2.- Araujo y Valdivia, Luis.
Derecho de las cosas y derecho de las sucesiones.
Ed. José Ma. Cajica, S.A.
México. 1972. Pág. 678.
- 3.- Avila Alvarez, Pedro.
Derecho Notarial.
Ed. Bosch.
Barcelona, España. 1990. 7a. ed.-Pág. 237.
- 4.- Bañuelos Sánchez, Froylán.
Derecho Notarial.
Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor.
México. 1984. 3a. ed.-Pág. 1067.
- 5.- Becerra Bautista, José.
El Proceso Civil en México.
Ed. Porrúa.
México. 1977. Pág. 825.
- 6.- Borda, Guillermo A.
Manual de Derecho Civil.
Ed. Perrot.
Buenos Aires, Argentina. 1991. 15a. ed.-Pág. 618.
- 7.- Calamandrei, Piero.
Instituciones de Derecho Procesal Civil.
Ed. Depalma.
Buenos Aires, Argentina. 1943. Pág. 340.
- 8.- Carral y de Teresa, Luis.
Derecho Notarial y Derecho Registral.
Ed. Porrúa.
México. 1988. 10a. ed.-Pág. 266.
- 9.- Di Pietro, Alfredo.
Manual de Derecho Romano.
Ed. Depalma.
Buenos Aires, Argentina. 1991. Pág. 486.

- 10.- Enneccerus Ludwin y Theodor Kipp.
Derecho de las Sucesiones.
Ed. Bosch.
Madrid, España. 1950. Tomo V, Vol. 1. Pág. 755.
- 11.- Floris Margadant, Guillermo.
Derecho de las Sucesiones.
Ed. Esfinge, S.A.
México. 1989. 16a. ed.-Pág. 530.
- 12.- Giménez Arnau, Enrique.
Derecho Notarial.
Ed. Ediciones Universidad de Navarra, S.A.
España. 1976. Pág. 240.
- 13.- Ibarrola, Antonio de
Cosas y Sucesiones.
Ed. Porrúa.
México. 1991. 7a. ed. Pág. 1120.
- 14.- Lacruz, José Luis.
Derecho de Sucesiones.
Ed. Bosch.
Barcelona, España. 1961. Pág. 622.
- 15.- Magallón Ibarra, Jorge María.
Instituciones de Derecho Civil.
Ed. Porrúa.
México. 1990. Tomo V. Pág. 272.
- 16.- Morineau Iduarte, Marta.
Derecho Romano.
Ed. Harla.
México. 1987. 3a. ed.-Pág. 296.
- 17.- Mazeaud Henri, Leon y Jean.
Lecciones de Derecho Civil.
Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América.
Buenos Aires, Argentina. Vol. II, Pág. 464.
- 18.- Pérez Fernández del Castillo, Bernardo.
Derecho Notarial.
Ed. Porrúa.
México. 1993. 6a. ed.-Pág. 403.

- 19.- Pérez Fernández del Castillo, Bernardo.
Apuntes para la historia del Notariado en México.
Ed.Porrúa.
México. 1979. Pág. 85.
- 20.- Puig Bretau, José.
Compendio de Derecho Civil.
Ed.Bosch, S.A.
España. 1980. Vol. IV, Pág. 431.
- 21.- Roca-Sastre, Muncunil.
Derecho de Sucesiones.
Ed.Bosch, S.A.
España. 1991. Tomo II, Pág. 280.
- 22.- Rojina Villegas, Rafael.
Compendio de Derecho Civil.
Ed.Porrúa.
México. 1984. Tomo II, Pág. 503.
- 23.- Téllez García, Ignacio.
Motivos, colaboración y concordancia del nuevo Código Civil Mexicano.
Ed.Porrúa.
México. 1965. Pág. 166.

LEGISLACION

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 2.- Código Civil para el Distrito Federal.
- 3.- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
- 4.- Ley de Notariado para el Distrito Federal.