

534  
71



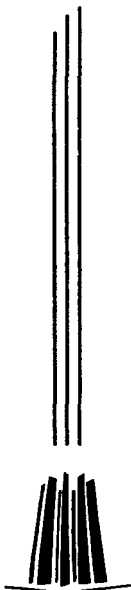
**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**  
**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES**  
**CAMPUS ARAGON**

**ANALISIS JURIDICO DEL TESTAMENTO PUBLICO  
SIMPLIFICADO EN EL CODIGO CIVIL PARA EL  
DISTRITO FEDERAL**

**TESIS**

Que para obtener el título de  
**LICENCIADO EN DERECHO**  
**PRESENTA**  
OLGA ZEPEDA QUINTANAR

**ASESORA:**  
LIC. CECILIA LICONA VITE.



**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

México 1997.



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.

#### **A MIS PADRES: CARLOS Y MARIA**

Porque siendo un ejemplo de tenacidad y lucha, han demostrando que en los momentos difíciles nunca se debe perder la fe. Porque nunca nos han ocultado nada, haciéndonos partícipes de sus alegrías y sufrimientos, puesto que no son un ejemplo de perfección sino de humanidad.

#### **A MIS HERMANOS: ROGELIO, ALEJANDRO Y CARLOS**

Como estímulo para alcanzar sus metas; ya que si desean ser algo en la vida, pueden lograrlo, a condición de; padecer un poco, luchar y trabajar por su anhelo y no ensuciarse las manos con algo indebido.

**A MI ASESORA: LIC. CECILIA LICONA VITE**

Con profundo agradecimiento, por el tiempo y confianza que ha depositado en mí, para la realización del presente trabajo de tesis.

**A MIS MAESTROS:**

Todos ellos. Gracias por sus conocimientos y consejos, para caminar por el sendero correcto.

**A CAMPUS ARAGON Y LA UNAM:**

Por abrirme las puertas de la enseñanza.

**A JUAN JOSE:**

Por que durante mi carrera profesional, siempre me ha impulsado a salir adelante, y lograr las metas que nos hemos propuesto.

**A MIS AMIGOS:**

Porque siempre han estado conmigo en los momentos difíciles, demostrando que los amigos son para siempre.

**ANALISIS JURIDICO DEL TESTAMENTO PUBLICO  
SIMPLIFICADO EN EL CODIGO CIVIL PARA EL  
DISTRITO FEDERAL**

# INDICE

	Págs.
<b>INTRODUCCION</b>	<b>01</b>
<b>CAPITULO I</b>	
<b>SUCESION MORTIS CAUSA</b>	
1.1 CONCEPTO DE SUCESION LA HERENCIA	07
1.2 SUCESION LEGITIMA	14
1.3 SUCESION TESTAMENTARIA	19
1.4 AUTOR DE LA SUCESION	22
1.5 EL HEREDERO Y EL LEGATARIO	23
1.5.1 EL HEREDERO	24
1.5.2 EL LEGATARIO	27
1.6 EL ALBACEA	28
<b>CAPITULO II</b>	
<b>PANORAMA HISTORICO DEL TESTAMENTO</b>	
2.1 EN ROMA	33
2.2 EN FRANCIA	43
2.3 EN ESPAÑA	56
2.4 EN MEXICO	68
<b>CAPITULO III</b>	
<b>SUCESION TESTAMENTARIA EN EL DISTRITO FEDERAL</b>	
3.1 EL TESTADOR CAPACIDAD PARA TESTAR	78
3.2 EL TESTAMENTO	85
3.2.1 CONCEPTO	86
3.2.2 ELEMENTOS	87
3.2.3 CLASIFICACION	93
3.2.3.1 TESTAMENTOS ORDINARIOS	94
3.2.3.2 TESTAMENTOS ESPECIALES	106

## **CAPITULO IV**

### **EL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO. ANALISIS JURIDICO**

<b>4.1 CONCEPTO</b>	<b>114</b>
<b>4.2 ELEMENTOS</b>	<b>117</b>
<b>4.3 FINALIDAD DE SU CREACION</b>	<b>125</b>
<b>4.4 TRAMITACION PROCESAL</b>	<b>126</b>
<b>4.5 PROPUESTA</b>	<b>130</b>
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>137</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	<b>139</b>



## INTRODUCCION

La figura jurídica del testamento tiene como principal importancia la perpetuidad del derecho de propiedad, pues al fallecer una persona el derecho se encuentra en la disyuntiva de disponer el patrimonio del muerto a fin de que este no quede desprovisto de su titular. Para ello es fundamental saber el destino que se les va a dar a los bienes, derechos y obligaciones de aquella persona que ha fallecido. El testamento subsana estas interrogantes, pues a través de este instrumento, el titular puede disponer de sus bienes derechos u obligaciones para después de su muerte.

El testamento -a pesar de la seguridad jurídica que representa la utilización del mismo- en la época actual sigue siendo una figura jurídica poco usual en la práctica cotidiana, ya que realmente es mínima la población que utiliza este medio de disposición de sus bienes para después de su fallecimiento. Situación que puede responder a diversas razones: desconocimiento, desinterés jurídico , o tal vez la ignorancia del costo y serie de trámites que pudieran llegar a implicar el otorgamiento del acto y su posterior alcance jurídico.

Es importante mencionar que la mayoría de las personas piensa en la utilización de esta figura cuando se encuentra próxima a morir, sea por lo avanzado de su edad o porque se encuentre gravemente enferma. Situación que demuestra plenamente una falta de educación jurídica en la sociedad, pues el otorgamiento del testamento a cualquier edad demuestra la responsabilidad de aquella persona que prevé y asegura su patrimonio para después de su fallecimiento, tomando una decisión con tiempo y responsabilidad y no angustiada por la proximidad de su muerte, como sucede en muchos casos.

Es la importancia de la institución testamentaria, la razón por la cual se realiza una recopilación y explicación de la misma en el presente trabajo de tesis, para llegar así a una de sus formas más revolucionarias en materia de disposición sucesoria: el testamento público simplificado, procedimiento que viene a impulsar en gran medida su aplicación dentro de nuestra sociedad, para que los ciudadanos realicen su testamento al momento de la adquisición de un bien inmueble destinado a vivienda, ya que la vivienda constituye en muchos casos la base del patrimonio familiar.

Pero el testamento público simplificado puede llegar a ser más eficaz y práctico, si se implementa la disposición otorgándola en los contratos de enajenación o adquisición de bienes inmuebles destinados a comercio, siempre que su valor de avalúo sea equiparable a una porción justa, protegiendo así, a las familias de escasos recursos económicos, y que la celebración del acto sea ante notario público, en donde pueda insertarse de igual forma cláusula testamentaria. Lo que se pretende con la propuesta que se presentará, es simplificar los trámites judiciales o administrativos que llevan a la adjudicación del bien inmueble a los herederos y/o legatarios no importando que el inmueble se destine a casa habitación o comercio. Con esto se brindaría al adquirente una mayor seguridad jurídica sobre su patrimonio, pues al realizarse la escrituración de la propiedad se insertaría conjuntamente cláusula testamentaria, asegurando en un sólo acto tanto la titularidad, como la seguridad jurídica en relación a dicho patrimonio que se destinará, llegado el momento, a sus sucesores.

**ANALISIS JURIDICO DEL TESTAMENTO PUBLICO  
SIMPLIFICADO EN EL CODIGO CIVIL PARA EL  
DISTRITO FEDERAL**

**CAPITULO I**

**SUCESION MORTIS CAUSA**

**El derecho sucesorio es parte del derecho o legislación civil, se encuentra contenido en mayor medida en el Código Civil, él cual regula en su libro Tercero la transmisión de los bienes por causa de muerte.**

**Se le llama derecho de sucesiones porque engloba las características jurídicas de la sucesión, refiriéndose uniformemente a la sucesión mortis causa. Encuentra su fundamento principal en la imperiosa necesidad de que la muerte no extinga la titularidad de los bienes, derechos y obligaciones de quien deja de existir, transmitiendo tales relaciones a los llamados sucesores, ya sea vía testamentaria o legítima, evitando así una afectación a la economía en general.**

**Existen otros fundamentos del derecho sucesorio, entre los cuales Baqueiro Rojas manifiesta algunas tendencias, tales como:**

**1. Este derecho encuentra su justificación en la característica de perpetuidad del derecho de propiedad, ya que a la muerte de una persona el derecho se halla en la disyuntiva de disponer lo conducente al patrimonio del muerto, a fin de que el patrimonio privado no quede desprovisto de titular. Para ello, es de vital importancia saber que destino debe darse, al faltar el titular del patrimonio, a sus derechos reales, derechos de crédito, obligaciones, etc. Tres son las posibilidades teóricas:**

a) Reconocer que los bienes ya no tienen propietario y, por lo tanto, son "res nullius" abiertos a que cualquiera pueda apoderarse de ellos.

b) Declararlos bienes del Estado.

c) Conceder al titular la posibilidad de disponer de sus bienes después de la muerte, prolongando su voluntad más allá de su propia existencia.

Aunque teóricamente la tercera de las posibilidades es la más débil. El derecho a disponer de los bienes después de la muerte del titular, ya por voluntad expresa, ya por voluntad presunta, ha inspirado la tradición de nuestro sistema jurídico desde sus inicios. El fundamento en el cual se ha apoyado esta tendencia se basa:

-En el concepto de propiedad de origen romano, el cuál considera que la propiedad en un derecho perpetuo.

-En la facultad de la voluntad del titular, ya que si en vida puede disponer libremente de sus bienes también puede hacerlo en lo futuro, surtiendo efecto esta disposición aún cuando él hubiere fallecido.

Ambos conceptos son la base de la sucesión testamentaria y, corolario de ella, es la sucesión intestada en la que, al no existir testamento, se presume por ley la voluntad del difunto.

2. Consideraciones de tipo afectivo, sociológico y aún económico embozan una concepción personalista de la riqueza y se han esgrimido para apoyar el sistema sucesorio. Así se dice:

a) Que el padre trabaja en vida para asegurar la existencia de sus descendientes, y que sería ilógico que después de su muerte no se preocupara de ello.

b) Que las fortunas, aunque aparecen a nombre del padre, siempre implican en su creación la participación de los demás miembros de la familia.

3. También se pretende fundar el derecho sucesorio sobre algunas otras especulaciones. Por ejemplo, se cuestiona si los hombres trabajarían y ahorrarían de igual manera sabiendo que a su muerte sus bienes no pertenecerán a sus seres queridos. O sobre los graves perjuicios que se causarían a la economía al desintegrarse los patrimonios sin un orden que permita cumplir con los deberes y obligaciones del difunto, y continuar la explotación de las fuentes de riqueza iniciadas en otras generaciones.<sup>1</sup>

Todos estos fundamentos válidos cada uno en su ámbito jurídico, nos demuestra que el patrimonio que una persona forma en vida puede ser sucedido a otras personas a su muerte, siendo manifestada la voluntad del de cujus a través del testamento, o bien, presuntamente por vía legítima; quedando protegido en todo momento el conjunto patrimonial.

El derecho de sucesiones o derecho sucesorio es una disciplina jurídica que se ocupa tan sólo de una especie de sucesión que es la que origina la muerte declarada o comprobada, de una persona individual; regula, el destino de los bienes y relaciones jurídicas del difunto, y los demás aspectos del derecho civil directamente relacionados con el referido destino.

<sup>1</sup> Cfr., BAQUEIRO ROJAS, EDGAR, Derecho de familia y sucesiones. Editorial Harla, México, 1990, págs. 252 y 254.

## 1.1 CONCEPTO DE SUCESION. LA HERENCIA

La palabra sucesión proviene del vocablo latino "sucedere" que significa acción de suceder, implicando una serie de acontecimientos que se suceden unos a otros a través del tiempo, tales como el nacimiento, la madurez y la muerte. En sentido jurídico Arce y Cervantes, nos definen a la sucesión como "la sustitución, o sea, cambio de sujeto, pero no del objeto de la relación".<sup>2</sup>

La sucesión pretende dar un enfoque de que no todo termina con la muerte y que responde al deseo humano de perpetuarse no sólo con los hijos, en la continuidad de la sangre, sino también en el caso circunstancial de las obras.

El reemplazo del titular del patrimonio, la transmisión de los bienes, de los derechos y de las obligaciones, es lo que se llama sucesión. Castan Tobeñas la define como "la continuación o sucesión por modo unitario, en la titularidad del complejo formado por aquellas relaciones jurídicas patrimoniales activas y pasivas, de un sujeto fallecido, que no se extinguen por su muerte; sucesión que produce también ciertas consecuencias de carácter extra patrimonial y atribuye al heredero una situación jurídica modificada y nueva en determinados aspectos".<sup>3</sup>

La sucesión implica un cambio del titular de un derecho, a través de una sucesión "*inter vivos*" o mediante una sucesión "*mortis causa*". La sucesión "*inter vivos*" la realizan personas a título particular, tal como sucede en la compraventa, la donación, la permuta, etc. En este tipo de sucesión, Arce y Cervantes nos dice que "mientras vive la persona física no puede hablarse de sucesión en el patrimonio por acto entre vivos, porque la unidad patrimonial subsiste

<sup>2</sup> ARCE Y CERVANTES, JOSE, De las sucesiones, tercera edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1992, pág. 1.

<sup>3</sup> CASTAN TOBEÑAS, JOSE, Derecho civil español, común y foral, Editorial Reus, Madrid, 1969, tomo VI, Volumen primero, pág. 27.

mientras subsiste su titular".<sup>4</sup>

Las sucesión "*mortis causa*", que también es realizada por personas físicas, puede ser tanto a título universal (denominada herencia), como a título particular (conocida como legado). Clemente de Diego señala la diferencia que existe entre la sucesión *mortis causa* y la sucesión "*inter vivos*", recordando que "la primera puede ser universal y singular, mientras que la segunda no puede ser más que singular, pues significando la universal como un desprendimiento o desviación de la entera personalidad patrimonial o del conjunto de derechos que ostenta una persona que viva no puede renunciar, no se le puede impedir el cumplimiento de su fin, para ello ha menester de medios, y justamente los más precisos son los jurídicos".<sup>5</sup>

El presente trabajo fija su atención, principalmente, sobre la sucesión por causa de muerte. Y así, tenemos que los elementos de éste tipo de sucesión se pueden dividir en: personales, reales y causales.

El elemento personal o subjetivo se encuentra representado por el causante, autor de la herencia o de *cujus* (en el caso de sucesión legítima) y más específicamente testador (en el caso de la sucesión testada), y por el sucesor, ya sea heredero o legatario.

El elemento objetivo o real se encuentra conformado por el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que pertenecieron al causante no extinguiéndose con su muerte.

<sup>4</sup> ARCE Y CERVANTES, JOSE, *De las sucesiones*, op. cit., pág. 4.

<sup>5</sup> Citado por DE PINA, VARA, RAFAEL, *Elementos de derecho civil mexicano*, décima edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1984, Volumen segundo, pág. 254.



El último elemento de la sucesión por causa de muerte, es el causal, que se entiende como el llamamiento de la persona que tiene derecho a suceder, sea por voluntad expresa del testador (sucesión testamentaria), o bien, por voluntad presunta del causante que es regulada por la ley (sucesión legítima).

Para poder delimitar con mayor precisión la sucesión mortis causa se requiere la existencia de:

1. Un conjunto de bienes, derechos y obligaciones, pertenecientes a una persona física que puedan ser transmisibles por causa de muerte, susceptibles de un valor económico.

2. Que la persona física la cuál era titular de esos bienes, derechos y obligaciones haya dejado de existir (conocida dicha persona como causante, testador, autor de la sucesión, de cujus o difunto).

3. Que exista una o varias personas que tengan derecho a la sucesión, sea por voluntad del testador (sucesión testamentaria), o bien, por voluntad presunta del causante y delimitada por la ley, (sucesión legítima).

4. Que el heredero o legatario, -términos que explicaremos más adelante- sean llamados a suceder al autor de la sucesión, es decir, que exista una vocación hereditaria (llamado a la herencia), en donde el que reemplaza al sucesor jurídicamente tenga derecho a ello.

Respecto a este último punto, Arce y Cervantes nos dice que "debe existir un fundamento de vocación, o sea un supuesto de hecho al cual la ley une la consecuencia de que la persona que se halla en esta relación de hecho, puede ser heredero del fallecido; pues la conexión que existía de tal patrimonio con la persona física que lo encabezaba (conexión que llamamos titularidad) ha

quedado suspendida por la falta del titular. Como no es posible en la vida jurídica que estas relaciones y cosas (derechos reales, derechos de crédito, obligaciones, posesión, etc.) queden sin un sujeto a la que estén ligados, es imprescindible que otra persona subentre en el lugar del faltante para que, en lo posible, no se interrumpan esas relaciones".<sup>6</sup>

De acuerdo con nuestro Código Civil para el D.F., la sucesión mortis causa puede ser legítima, testamentaria o mixta.

La sucesión testamentaria, también llamada voluntaria, surge de la manifestación expresa del causante, a través de la libre testamentifacción, con la única limitación de garantizar alimentos a aquellos parientes a quienes tuvo obligación de proporcionárselos en vida, de acuerdo con las reglas que el Código Civil señala (arts. 1282 y 1368 del Código Civil para el D.F.).

La sucesión legítima, intestada o "*ab intestato*", tiene su origen precisamente en la falta de testamento, se presume la voluntad del autor de la sucesión, quedando sujeta a lo establecido por el Código Civil (arts. 1282, 1599 y siguientes).

La sucesión mixta es aquella donde prevalece tanto la voluntad del testador, como la disposición de la ley. Esta rechaza el principio que prevaleció en el derecho romano, "*nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decere potest*", el cual significaba: "que ninguna sucesión será tramitada, parcialmente como sucesión testamentaria y parcialmente *ab intestato*".<sup>7</sup>

El Código Civil establece que el testador puede disponer de todo o de

<sup>6</sup> ARCE Y CERVANTES, JOSE. *De las sucesiones*. op. cit. Pág. 2.

<sup>7</sup> FLORIS MARGADAN, S. GUILLERMO. *El derecho privado romano, como introducción a la cultura jurídica contemporánea*. vigésima edición. Editorial Estinge. S.A. de C.V., Mexico, 1994. pág. 465.

parte de sus bienes y la porción de la cual no disponga quedará regida por los preceptos de la sucesión legítima (artículos 1283, 1599 y 1601 del Código Civil para el D.F.).

La herencia es la consecuencia del derecho de propiedad, ya que ésta, proviene generalmente de un conjunto de bienes patrimoniales pertenecientes a una persona física que al morir y ser transmitidos estos bienes a sus sucesores, recibe el nombre de herencia; Clemente de Diego define la herencia como: "el patrimonio del finado, diciendo que lo que en vida del titular se llama patrimonio, a su muerte se convierte en herencia".<sup>8</sup>

El Código Civil para el D.F., en su artículo 1281, define la herencia como: "la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos que no se extinguen por la muerte".

La herencia puede ser tanto a título universal, sucediendo en todos los bienes, derechos y obligaciones, o bien, una parte alicuota; como también la denominada herencia a título particular en donde la sucesión se da a través, de bienes concretos.

Cuando estamos en presencia de una herencia a título universal, el sucesor recibe el nombre de heredero, pero cuando la herencia es a título particular, el sucesor se denomina legatario, con la salvedad de que si toda la herencia se divide en legados, los legatarios serán considerados herederos (art. 1286 del Código Civil para el D.F.).

Ya definido el concepto de herencia debemos tener presente que no todos los derechos y obligaciones del autor de la herencia se pueden transmitir a los

<sup>8</sup> Citado por LUIS MUÑOZ, Derecho civil mexicano, Ediciones Modelo, México, 971, Tomo II, pág. 439.

sucesores, por eso es importante mencionar lo que Aguilar Carvajal, basándose en la ley, resume muy acertadamente cuales son los derechos y obligaciones que pueden ser transmitidos por herencia y cuales no; nos dice que: "en efecto, no todos los derechos son patrimoniales y como es natural los derechos no patrimoniales no se transmiten. Pero además, los derechos que si son patrimoniales unos se transmiten y otros no.

Los derechos públicos subjetivos y los derechos políticos se extinguen con la muerte. También se extinguen los derechos de potestad, tanto marital como la patria potestad; por lo que hace al estado civil, también se extinguen, por regla general, pero existen ciertas excepciones, principalmente de carácter moral, como son las acciones de desconocimiento de hijo o la reclamación de estado de hijo legítimo, o para oponerse a la acción que niegue la legitimidad del autor de la herencia o para investigar la paternidad del mismo.

Dentro de los derechos estrictamente patrimoniales que forman las dos categorías de los derechos reales y de los derechos personales, existen un principio general de transmisión, pero también existen excepciones, entre ellas, el usufructo, el uso y la habitación, que se extinguen con el fallecimiento del titular. El dato fundamental que hay que retener, es que mediante la transmisión de la herencia lo que se transmite es la universalidad del patrimonio, concebido como una unidad abstracta, integrada por activo y pasivo".<sup>9</sup>

Debemos tener presente que el patrimonio del heredero conforme a nuestro Código Civil no se confunde con la herencia, pues ésta se entiende a beneficio de inventario (artículo 1678). Es decir, el heredero sólo responde por las cargas impuestas por el testador hasta donde alcance el monto de la herencia; en el caso de los legados, los legatarios no tienen más cargas que las

<sup>9</sup>AGUILAR CARVAJAL, LEOPOLDO. Segundo curso de derecho civil, segunda edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1975, págs. 273 y 274.

que expresamente les imponga el testador, sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria con los herederos (arts. 1284 y 1285).

La herencia puede presentarse en diversas situaciones, o bien, diferentes estados, estos pueden ser vacante, yacente, adida (aceptada), indivisa y divisa.

La herencia vacante es aquella que es renunciada por aquella persona que tenía derecho a aceptarla, o bien, cuando no exista heredero o es repudiada por el mismo o los sustitutos.

Yacente es la herencia que se encuentra entre el periodo del llamamiento a heredar y la transmisión; o bien, cuando aún no se ha cumplido la condición impuesta por el testador.

Cuando se dice que la herencia es adida, estamos en presencia de la aceptación del heredero, es decir, cuando el sucesor ha manifestado su aceptación de recibir la herencia.

Pero la herencia también puede presentarse como indivisa o divisa, en el primer supuesto la herencia esta pendiente de división, y en el segundo aquella división ya fue realizada.

La herencia también puede ser aceptada o repudiada, actos que solamente dependen de la voluntad del sucesor (nadie puede ser obligado o intimidado a realizar un acto contrario a su voluntad); libre (no puede ser forzado a aceptarla o repudiarla); irrevocable (una vez aceptada o repudiada, ésta presenta un carácter de irrevocabilidad, no pudiendo ser impugnada sino en los casos de dolo o violencia); indivisible (ni la aceptación ni la repudiación pueden hacerse en parte, con plazo o condicionalmente), y como última característica, los efectos de la aceptación o repudiación se retrotraen siempre a la fecha de la del otorgante.

La herencia para surtir efectos plenos necesita de la aceptación del heredero sea nombrado ya por testamento o ab intestato. En lo referente a la repudiación de la herencia, ésta debe ser expresa y hacerse por escrito ante el juez correspondiente, o bien, a través de un instrumento público otorgado ante notario cuando el heredero no se encuentre en el lugar del juicio. En cuanto a la capacidad para la aceptación o repudiación de la herencia, es plena para aquellos que tienen la libre disposición de sus bienes.

La herencia que es sucedida a menores de edad o incapacitados, podrá ser aceptada por sus legítimos representantes, pero en el caso de repudiación sólo podrá realizarse mediante autorización judicial. Por lo que corresponde a los cónyuges, éstos podrán aceptar o repudiar la herencia libremente, y en el caso de discrepancia el juez resolverá. Las personas morales pueden aceptar o repudiar la herencia libremente cuando son capaces, pero en el caso de instituciones de beneficencia privada o corporaciones oficiales, no pueden repudiarla sin aprobación judicial.

## 1.2 SUCESION LEGITIMA

A la sucesión intestada se le denomina legítima por ser la ley la que dispone la forma de liquidar el patrimonio del difunto, por lo tanto, la sucesión legítima es aquella que se difiere por disposición de la ley, cuando concurren los presupuestos o circunstancias establecidas para ello.

La sucesión legítima aparece siempre en substitución de la testamentaria, es la que no se basa en la voluntad del causante pero en realidad no es que no exista dicha voluntad, sino que en lugar de ser expresa, es presunta.

Existen diversas teorías para justificar la sucesión intestada tales como: el derecho natural que representa el orden de la sangre; la noción del deber en relación con las personas que descienden del autor de la herencia, o a quienes tiene obligación de dar alimentos; la supletoriedad de la voluntad del difunto expresada por el legislador. Desde mi punto de vista creo que la razón principal por la cual surge la sucesión y no sólo la legítima, es la perpetuidad del derecho de propiedad, ya que el patrimonio forma un conjunto de activos y pasivos, que al ser transmitido a los sucesores, éstos pueden continuar las relaciones patrimoniales de la persona fallecida, garantizando así, los intereses de la sociedad en general.

En conclusión, podemos decir que la sucesión legítima es un estímulo a la actividad de las personas, pues a su muerte sus bienes pueden ser transmitidos a sus descendientes o personas unidas a ellos por lazos de parentesco, aunque no haya testamento de por medio, pues siendo el derecho de propiedad perpetuo, éste no tiene porque extinguirse a la muerte de su propietario.

En cuanto a la sucesión legítima, Aguilar Gutiérrez Antonio, basándose en la ley resume que: "a falta de testamento, o cuando éste sea anulado o no se cumpla la condición impuesta por el testador al heredero, así como en los casos en que el heredero hubiere muerto antes que el testador, ha repudiado la herencia o es incapaz de heredar, habrá lugar a la apertura de la sucesión legítima. Igualmente, cuando el testador no hubiere dispuesto sino de parte de sus bienes, porque entonces la parte no incluida en el testamento quedará sujeta a los preceptos de la sucesión legítima".<sup>10</sup>

Las personas que en primer lugar tienen derecho a la sucesión legítima son: los descendientes y el cónyuge, que unidos excluyen a los ascendientes y

<sup>10</sup> AGUILAR GUTIÉRREZ, ANTONIO. Instituto de derecho comparado. Panorama del derecho mexicano. UNAM, Publicaciones del instituto del derecho comparado, México, 1965, tomo II, pág. 125.

parientes colaterales. Por lo que se refiere al grupo de los descendientes, los hijos excluyen a los nietos y éstos a los bisnietos, aplicando el principio de que los parientes más próximos excluyen a los más lejanos.

Según lo dispuesto por el código civil para el D.F. en sus artículos 1602 y 1603, son llamados a la masa hereditaria: los descendientes (por cabeza o por estirpe), el cónyuge, los concubinos, los hijos adoptivos, los adoptantes, los ascendientes, los colaterales hasta el cuarto grado; y a falta de todos los anteriores será llamada la beneficencia pública para recibir la herencia. El parentesco de afinidad no da derecho a heredar.

Polaco, nos dice: "cuando no hay un acto del causante, la ley interpreta la voluntad del mismo inspirándose en el orden natural de los afectos; por consiguiente llamará primero a los descendientes, después a los ascendientes y a los colaterales inspirándose en el sentimiento natural, convalidado por la experiencia, de que el cariño desciende primero, asciende después y se extiende más tarde a los lados".<sup>11</sup>

Por lo que se refiere al orden de suceder en la sucesión legítima, el Código Civil para el D.F., establece lo siguiente:

A) Sucesión de los Descendientes. El artículo 1607 del Código Civil para el D.F., nos dice que en caso de que los padres mueran y sólo quedaren hijos, la herencia se dividirá en todos ellos por porciones igualitarias. Y cuando se presenten a la sucesión los descendientes y el cónyuge sobreviviente, el mismo precepto en su artículo 1608, manifiesta que al cónyuge le corresponderá la porción de un hijo para el caso de que carezca de bienes, pues si los tuviere sólo tendrá derecho a igualar su porción, si ésta es inferior a la que dejó el de cujus.

<sup>11</sup> Citado por ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, Derecho civil mexicano. Sucesiones, cuarta edición, Editorial Porrúa, S. A. de C. V., México, 1976, tomo IV, pag. 429.



Para el caso de que quedaren hijos y descendientes de ulterior grado: los primeros heredarán por cabeza y los segundos por estirpes. Y si sólo quedaran descendientes de ulterior grado, heredarán por estirpes. Pero concurriendo hijos con ascendientes, éstos últimos sólo tendrán derecho a alimentos (arts. 1609 y 1611 del C.C. para el D.F.).

El código citado en sus artículos 1612 1613, manifiesta que adoptado hereda como un hijo, y concurriendo padres adoptantes y descendientes del adoptado, los padres adoptantes sólo tendrán derecho a alimentos.

B) Sucesión del Cónyuge. Cuando el cónyuge que sobrevive concurre con descendientes, tiene derecho a la porción de un hijo, si no tiene bienes, y en el caso de que los tuviere, no igualaren a la porción que corresponda a cada hijo, tiene derecho a reclamar el faltante. Se observará lo mismo si concurre con hijos adoptivos del autor de la herencia (art. 1624 del C.C. para el D.F.).

Los artículos 1626 y 1627 del mencionado Si el cónyuge concurre con ascendientes, la herencia será dividida en dos partes iguales, una se aplicará al cónyuge y la otra a los ascendientes. Pero si se presenta el caso de que el cónyuge concorra con uno o más hermanos del de cujus, el primero tendrá derecho a dos terceras partes de la sucesión, y el tercio restante será para el hermano o los hermanos.

Cuando no haya descendientes, ascendientes o hermanos, el cónyuge sucederá en todos los bienes (art. 1629 del C.C. para el D.F.).

C) Sucesión de los Ascendientes. Cuando no existan descendientes ni cónyuge, heredarán el padre y la madre por partes iguales. Si sólo sobrevive el padre o la madre, el que viva sucederá al hijo en toda la herencia. Y si sólo hubiere ascendientes por ambas líneas, se dividirá la herencia en dos partes

iguales, aplicándose una para los ascendientes de la línea paterna y la otra para la materna (arts. 1615, 1616 y 1617 del C.C. para el D.F.).

El código de referencia en su artículo 1618, manifiesta que en el caso de que se presentaren ascendientes de ulterior grado por una línea, la herencia será dividida en porciones iguales.

D) Sucesión de los Colaterales. Cuando concurren sólo hermanos por ambas líneas, heredarán por partes iguales. Si se presentan hermanos con medios hermanos, los primeros heredarán doble porción que los medios hermanos (arts. 1630 y 1631 del C.C. para el D.F.).

Si concurren a la repartición de la herencia hermanos con sobrinos, hijos de hermanos o de medios hermanos premuertos, que sean incapaces de heredar o que hayan renunciado a la herencia, el código civil en mención en su artículo 1632 establece, que los hermanos heredarán por cabeza y los sobrinos por stirpes.

E) Sucesión de la Concubina o Concubino. De acuerdo con el artículo 1635 del Código Civil para el D.F., la concubina y el concubino tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que hubieren vivido juntos como en matrimonio durante los cinco años anteriores a la muerte de uno de ellos o cuando hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

Si al morir el autor de la herencia le sobreviven varias concubinas o concubinos, ninguno de ellos heredará.

F) Sucesión de la Beneficencia Pública. Los artículos 1636 y 1637 del código al que hemos hecho alusión, establecen que cuando falte toda clase de sucesor posible anteriormente indicado, heredará la beneficencia pública, y si entre lo que le corresponde existan bienes raíces que no puede adquirir de acuerdo con el artículo 27 Constitucional, dichos bienes serán vendidos en subasta antes de la adjudicación, y el precio que se obtenga se dará a la beneficencia pública.

### 1.3 SUCESIÓN TESTAMENTARIA

La sucesión testamentaria es una de las formas de sucesión mortis causa, que se convalida con la manifestación de última voluntad del autor de la herencia, expresada en cualquiera de las formas que prevé la ley.

Rafael de Pina, nos dice que: "la forma de sucesión en los bienes que puede calificarse de normal es la testamentaria. Quien tiene un compromiso económico, no suele dejarlo a su muerte entregado al orden de suceder establecido para la sucesión legítima, sino que procura testar".<sup>12</sup>

Así, la sucesión testamentaria es la que va a estar fundamentalmente basada en la existencia de un testamento válido, hecho en cualquiera de las formas legalmente autorizadas, en donde el autor debe expresar claramente su última voluntad a fin de que ésta sea cumplida para después de su muerte, y otorgada de acuerdo a las circunstancias en que se encuentre el testador.

El Código Civil para el D.F. en su artículo 1499, establece dos clases de testamentos: los ordinarios y los especiales.

<sup>12</sup> DE PINA VARA, RAFAEL, Elementos de derecho civil mexicano, op. cit., pág. 372.

**Dentro del grupo de los testamentos ordinarios, se encuentran:**

- a) El Testamento público abierto.
- b) El Testamento público cerrado.
- c) El Testamento público simplificado.
- d) El Testamento ológrafo (art. 1500 del C.C. para el D.F.).

Los tres primeros con la intervención del notario, cada uno con características diferentes y específicas; y el último, redactado de puño y letra del testador el cuál debe ser depositado en el Archivo General de Notarías.

**Y por lo que se refiere a los testamentos especiales, se denominan:**

- a) Testamento privado.
- b) Testamento militar.
- c) Testamento marítimo.
- d) Testamento hecho en país extranjero (art. 1501 del C.C. para el D.F.).

El testamento privado se permite en los casos en que el testador sea atacado por una enfermedad grave que no le de tiempo de asistir ante un notario para realizar su testamento siempre que muera a consecuencia de ella; no haya notario o juez en la población que actúe por receptoría o habiéndolos sea muy difícil que concurran al otorgamiento del testamento, y también cuando los militares o asimilados en el ejército entren en campaña o se encuentren prisioneros de guerra.

Todas estas formas de testamento que se explican más ampliamente en su capítulo respectivo, eran admitidas en la precedente legislación mexicana, con excepción del ológrafo que no se reconocía en el código de 1884, y más recientemente el testamento público simplificado que fue incluido en enero de

1994, siendo un medio ágil y seguro para formalizar la disposición de un bien inmueble para después de la muerte.

El testamento es el único instrumento mediante el cual, se expresa de manera jurídicamente válida la voluntad de disponer los bienes para después de la muerte.

Pero esa disposición de los bienes para después de la muerte reconoce dos sistemas: el de la libertad de testar, sea absoluta o parcial y el de la restricción de ésta facultad, que puede ser más o menos rigurosa.

El Código Civil vigente para el D.F., establece el principio de la libertad de testar, desconociendo el sistema de legítimas, institución que si era regulada por el código civil de 1870, el cual establecía el reconocimiento a determinados herederos llamados forzosos, del derecho a una porción de la herencia de la que el testador no podía disponer libremente.

El sistema de la libre testamentifacción es aquel mediante el cuál toda persona, por testamento, tiene derecho a disponer de todos sus bienes libremente.

Haciendo un poco de historia, Baqueiro Rojas, nos dice: "al establecerse en Roma el sistema de la libre testamentifacción, éste se prestó a abusos, ya que mediante él, el "pater familias" podía disponer de los bienes familiares adquiridos incluso por el "alieni iuris" sujeto a su potestad; de manera que los pretores, a través de la acción de nulidad o de testamento inoficioso, limitaron la facultad irrestricta del pater familias. Posteriormente Justiniano estableció la obligación de reservar una parte de la herencia para los herederos sui, - o sea los familiares "alieni iuris" dependientes del testador - de la siguiente forma: la tercera parte si eran cuatro o menos los "herederos sui", y la mitad de la herencia si eran cinco o

más. Esta parte reservada a los herederos legítimos recibió el nombre de legítima".<sup>13</sup>

Mediante el Código Civil francés y el español el sistema de legítima pasó a nuestro Código Civil de 1870, pero posteriormente fue suprimida en el código de 1884, en donde se estableció la libre testamentifacción, derecho que establece también nuestro código de 1928, con la única limitación de garantizar alimentos a aquellos parientes a quienes debiera dárselos en vida del testador: descendientes, cónyuge supérstite y ascendientes, de acuerdo con las reglas que el mismo código establece.

#### 1.4 EL AUTOR DE LA SUCESION

A la persona física que mediante su muerte provoca la apertura de una sucesión mortis causa, se le puede identificar como causante, de cujus, testador, autor de la herencia o sucesión y difunto.

El autor de la herencia es aquella persona física propietaria de un conjunto de bienes, derechos y/o obligaciones que a su muerte pueden ser transmitidos a sus herederos (sucesores) a través de la apertura de una sucesión testamentaria o legítima.

Cuando el autor de la herencia realiza testamento, puede disponer libremente de su patrimonio respetando solamente las limitaciones que el Código Civil establece. En este tipo de sucesión el testador puede instituir herederos y/o legatarios.

<sup>13</sup> BAQUEIRO ROJAS, EDGAR, Derecho de familia y sucesiones, op. cit., pág. 259.

Para el caso de que el autor de la herencia no haya realizado testamento, o bien realizándolo, no dispuso de todos sus bienes, se abre la sucesión legítima en donde el legislador suple la voluntad del de cujus (existen sólo herederos en la sucesión "ab intestato").

Me parece de suma importancia manifestar lo que Rafael Rojina Villegas, nos dice respecto a sucesor, a saber: "la función del autor de la herencia como sujeto del derecho hereditario es radicalmente distinta en ambas sucesiones: la legítima y la testamentaria. En la sucesión testamentaria el testador si es un sujeto del derecho hereditario cuya conducta jurídica se encuentra regulada no sólo para dictar válidamente su testamento, sino también para definir hasta donde alcanza el poder de su voluntad por reconocimiento de la norma y en qué aspectos debe subordinarse a disposiciones prohibitivas o imperativas que lo obligan a disponer en cierta forma de sus bienes según diversas legislaciones que no admitan plenamente la libertad de testar, o que lo sometan a la necesidad jurídica de asegurar alimentos a ciertas personas, bajo la sanción de que el testamento será inoficioso en caso contrario. En la sucesión legítima o ab intestato el de cujus se toma como punto de referencia para que se opere la transmisión a título universal en favor de aquellas personas que por virtud del parentesco, matrimonio y concubinato, en nuestro derecho, y a falta de ellas el Estado, son llamadas a heredar por disposición de la ley, en el orden, términos y condiciones que la misma establece".<sup>14</sup>

## 1.5 EL HEREDERO Y EL LEGATARIO

La sucesión mortis causa, puede establecerse a título universal o a título particular; cuando la sucesión se establece a título universal el sucesor recibe el

<sup>14</sup> ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Derecho civil mexicano. Sucesiones, op. cit., pág. 33.

nombre de heredero, pero cuando se hereda a título particular, al sucesor se le denomina legatario.

La figura del heredero existe tanto en la sucesión testamentaria como legítima; en cambio, el legatario sólo puede ser instituido por sucesión testamentaria.

### 1.5.1 EL HEREDERO

La institución de heredero es a título universal, sucediendo al autor de la herencia en la totalidad de sus bienes, derechos y/o obligaciones en una parte alicuota.

El heredero viene a ser el sustituto del de cujus, quien es la persona que se encarga de reemplazar al titular de un patrimonio -que en razón de su fallecimiento, se ha producido la extinción de su capacidad- y por lo tanto, va a tener la responsabilidad de convertirse en titular del patrimonio de aquél, sea sólo para disfrutarlo o para ejercitar los derechos personales que tenía a su favor y/o cumplir las obligaciones que quedaron pendientes.

En el derecho romano la institución de heredero fue una pieza clave en el testamento, pues si no había esta designación, el testamento no era válido y dejaba sin efecto disposiciones secundarias, ahora en nuestro derecho vigente un testamento es válido haya o no heredero (art. 1378 del C.C. para el D.F.).

Ahora bien, la forma de la institución de heredero puede hacerse con entera libertad, sin formalidad alguna, siempre que no exista duda de la voluntad del testador.



En cuanto a la capacidad e incapacidad para heredar, el artículo 1313 del Código Civil establece que todos los habitantes del Distrito Federal, de cualquier edad, tienen plena capacidad para heredar y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto; pero en relación a ciertas personas, pueden perderla por alguna de estas causas:

a) Falta de personalidad.- Sea porque no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia o cuando siendo concebidos no nacen viables. Pues para los efectos legales sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad (arts. 337 y 1314 del Código Civil para el D.F.).

b) Incapacidad por delito.- Todo acto delictuoso cometido contra el autor de la herencia, su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales, incapacita para heredar. Así mismo se encuentran incapacitados para heredar : el condenado por haber dado, mandado o intentado dar muerte a la persona de cuya sucesión se trate; el cónyuge que haya sido declarado por juicio adultero y se encuentre en el supuesto de heredar del cónyuge inocente, así como el coautor del cónyuge adultero; el padre y la madre respecto del hijo expuesto por ellos, y dentro de este supuesto se encuentran los padres que abandonaren a sus hijos, prostituyeren a sus hijas o atentaren a su pudor; los parientes del autor de la herencia que, hallándose éste imposibilitado para trabajar y sin recursos, no se cuidaren de recogerlo o de hacerlo recoger en establecimiento de beneficencia; y de acuerdo con el código penal aquél que fuere culpable de supresión, sustitución o suposición de infante, siempre que se trate de la herencia que debió de corresponder a éste o a las personas a quienes se haya perjudicado o intentado perjudicar con esos actos (art. 1316 del C.C. para el D.F.).

c) Por presunción de influencia contraria a la libertad del testador o a la verdad o integridad del testamento.- Son incapaces de adquirir por testamento del menor, los tutores y curadores, a no ser que sean instituidos antes de ser nombrados para el cargo o después de la mayor edad de aquél, estando ya aprobadas las cuentas de la tutela. Esta incapacidad no comprende a los ascendientes ni hermanos del menor, observándose en su caso lo dispuesto en la fracción X del artículo 1316. Así mismo se encuentra incapacitado a heredar por testamento el médico que haya asistido a aquél durante su última enfermedad; de igual forma el notario y los testigos que intervinieron en él, y sus cónyuges, descendientes, ascendientes o hermanos. Los ministros de los cultos no pueden ser herederos por testamento de los ministros del mismo culto o de un particular con quien no tengan parentesco dentro del cuarto grado. La misma incapacidad tienen los ascendientes, descendientes, cónyuges y hermanos de los ministros, respecto de las personas a quienes éstos hayan prestado cualquiera clase de auxilios espirituales, durante la enfermedad de que hubieren fallecido, o de quienes hayan sido directores espirituales los mismos ministros (arts. 1321, 1322, 1323, 1324 y 1325 del C.C. para el D.F.).

El Código en mención en su artículo 1327, establece que los extranjeros y las personas morales son capaces de adquirir bienes por testamento o por intestado, siempre y cuando se respeten las reglas establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

d) Falta de reciprocidad internacional.- En este caso los extranjeros serán incapaces para heredar a los mexicanos, cuando de acuerdo con las leyes de ellos prohiban que los mexicanos puedan heredarlos (art. 1328 del C.C. para el D.F.).

e) Por renuncia o remoción de un cargo conferido por el testador.- Aquella persona que no acepte los cargos de tutores, curadores o albaceas, hayan

rehusado, sin justa causa, el cargo, o sean separados de ellos, por mala conducta declarada judicialmente, tendrán incapacidad para heredar (art. 1331 del C.C. para el D.F.).

### 1.5.2 EL LEGATARIO

La persona a la que se le deja un legado en testamento, es sucesor a título singular y se le denomina legatario. Por lo tanto el legatario es la persona que adquiere a título particular y que no tiene más cargas que las que expresamente le imponga el testador, sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria con los herederos. Cuando toda la herencia sea distribuida en legados, el legatario será considerado como heredero sin perder su calidad de legatario.

El legado se entiende como una transmisión a título gratuito. Si la carga fuere igual o superior al valor del legado, no existirá propiamente éste. Ya dijimos que sólo por virtud del testamento se pueden instituir legatarios, y por lo tanto se habla solamente de legados testamentarios.

El legatario sólo es un adquirente a título particular de cierto bien, que no responde del pasivo ni continúa el patrimonio del autor de la herencia, quedando obligado solamente a pagar la deuda o carga con que expresamente el autor de la herencia grabe el legado. Esto es, todo legado implica la transmisión de un bien determinado o determinable que puede consistir en un derecho, en una cosa, o en un servicio a cargo de un heredero, de otro legatario, o de la masa de la herencia.

Para el caso de la responsabilidad subsidiaria de los legatarios con los herederos debemos atender a lo siguiente: Si los bienes que se dejan al heredero alcanzan para cubrir el pasivo hereditario el legatario recibe íntegro su legado;

pero si dichos bienes no son suficientes, en este caso, los legatarios responderán subsidiariamente.

La cosa legada deberá ser entregada con todos sus accesorios y en el estado que se halle al morir el testador, siendo los gastos necesarios para la entrega a cargo del legatario (arts. 1395 y 1396 del C.C. para el D.F.).

## 1.6 EL ALBACEA

En cuanto al significado gramatical de la palabra ALBACEA, el autor Rafael de Pina, nos dice: "tiene su origen en el árabe ad-waci, que significa ejecutor o cumplidor, y también, históricamente, cabezalero, mansesor y fideicomisario".<sup>15</sup>

El albacea es la persona designada por el testador, o por el juez para cumplir la última voluntad del de cujus, y custodiar o administrar sus bienes. Para el caso de que el testador no nombre albacea o se abra la sucesión legítima, los herederos y en su caso los legatarios, podrán nombrar albacea.

El albacea es considerado como el representante del patrimonio hereditario; su origen se encuentra en el derecho germánico, desconociéndose posteriormente en el derecho romano, y debiéndose su difusión, en los países romanizados, al derecho canónico.

El cargo de albacea es totalmente voluntario, pero una vez aceptado, éste se encuentra en la obligación de desempeñarlo, no pudiéndose delegar dicho cargo, pero si actuar por medio de mandatarios que realicen actividades bajo su nombre.

<sup>15</sup> DE PINA VARA, RAFAEL, Elementos de derecho civil mexicano, op. cit., pág. 381.

Podemos concluir que el albacea es el titular de una función que aunque puede considerarse como privada, tiene un alto interés social, facultado por el legislador en las funciones necesarias para la defensa eficaz de todos los intereses legítimos que se deriven de la sucesión.

Desde el punto de vista económico el albaceazgo es una actividad retribuida. En cuanto a la capacidad para ser albacea, goza de ella, toda persona que tenga la libre disposición de sus bienes. No podrán ser albaceas, excepto en caso de ser herederos únicos, de acuerdo con el artículo 1680 del Código Civil para el D.F., las siguientes personas:

- a) Los magistrados y jueces que estén ejerciendo jurisdicción en el lugar en que se abre la sucesión.
- b) Los que por sentencia hubiesen sido removidos del cargo de albacea.
- c) Los que hayan sido condenados por delitos contra la propiedad.
- d) Los que no tengan un modo honesto de vivir.

En cuanto a la renuncia del albacea el Código Civil para el D. F. En su artículo 1696, admite dicha posibilidad pero el que lo haga sin justa causa perderá lo que le hubiere dejado el testador.

Por último, conforme el artículo 1698 del Código Civil para el D.F., podrán excusarse para ser albaceas:

- a) Los empleados y funcionarios públicos.
- b) Los militares en servicio.
- c) Los que fueren tan pobres que no puedan atender el albaceazgo sin menoscabo de su subsistencia.
- d) Los que por mal estado habitual de su salud, o por no saber leer, ni escribir, no puedan atender debidamente el albaceazgo.

- e) Los que tengan sesenta años cumplidos.
- f) Los que tengan a su cargo otro albaceazgo.

## **CAPITULO II**

### **PANORAMA HISTORICO DEL TESTAMENTO**

El testamento surge hasta que aparece la facultad de testar, y no nace tal y como hoy existe, sino que es el resultado de una lenta evolución. Mientras que la propiedad fue puramente familiar, siendo los parientes herederos únicos y necesarios, no podía existir sino la sucesión que hoy llamamos legítima; pero en el caso de que uno no tuviera herederos necesarios para que los bienes no quedaren abandonados era natural que se crease un heredero.

Más adelante se distinguió entre la propiedad de la familia y las cosas propias del jefe de ésta, admitiéndose la facultad de disponer de éstas para después de la muerte. La transformación de la propiedad en puramente individual, trajo consigo la libertad de testar, y acabó de dar al testamento el carácter que hoy tiene, si bien por los abusos que se cometieron fue necesario limitar aquella libertad testamentaria, aunque conservando el testamento su carácter como acto de disposición mortis causa de los bienes que el testador podía transmitir.<sup>16</sup>

Como se ve la idea fundamental del testamento aparece desde la antigüedad en todos los pueblos, hasta el punto de que aun en aquellos en que la

<sup>16</sup> Cfr., Enciclopedia universal-Ilustrada Europeo-Americana, Editorial Espasa- Calpe, S. A., Madrid, 1988, tomo LXI.



propiedad era más rigurosamente familiar, existía la tendencia a disponer el jefe de la familia de los bienes en algún modo.

"La sucesión por testamento -escribe Castan- es en orden al tiempo de aparición, muy posterior a la legítima, porque la testamentaria presupone un desenvolvimiento de los conceptos jurídicos y un reconocimiento de la propiedad individual que no se encuentran en los pueblos primitivos".<sup>17</sup>

"La doctrina tradicional dice que el testamento se conoció en Esparta desde el tiempo de la guerra del Peloponeso, que en Atenas lo introdujo Solón, para el caso de que no hubiera hijos legítimos, y que en Roma existió desde antes de la ley de las XII tablas; pero es preciso tener en cuenta que no era entonces lo que es hoy, ni siquiera lo que fue en Roma en el tiempo de Justiniano. Donde la evolución del testamento aparece mejor diseñada es en Roma, que fue también la que lo perfeccionó, hasta el punto de servir de modelo a las legislaciones posteriores, que lo heredaron de ella".<sup>18</sup>

## 2.1 EN ROMA

Fue en Roma donde empezó a surgir con más auge el reconocimiento del pater familias a darse un sucesor, y el acto mediante el cual podía expresarse esta voluntad, fue el testamento, en el cual no sólo se expresaba la transmisión de bienes, sino que era indispensable el nombramiento de heredero, el cual debía suceder al pater familias ocupando su lugar, es decir, el heredero se convertía en el continuador de la personalidad del difunto, ocupando el lugar de autoridad que tenía sobre el grupo familiar, en sus honores, en el sepulcro, en el culto familiar y en el cumplimiento de ciertas obligaciones, así como también le

<sup>17</sup> Citado por DE PINA VARA, RAFAEL, *Elementos de derecho civil mexicano*, op. Cit., pág. 286.

<sup>18</sup> *Enciclopedia universal-Ilustrada Europeo-Americana*, op. cit.

eran transmitidos ideales, odios y simpatías del pater familias; al mismo tiempo recibía el patrimonio de éste, pero no necesariamente para su uso y disfrute, pues dichos bienes podían ser destinados total o parcialmente a un tercero o a otras personas.

Esquivel Obregón, manifiesta que "la organización primitiva de la familia hacia que el patrimonio fuera una universalidad gobernada por el padre, y a la muerte de éste, lo sucedía no sólo en los derechos patrimoniales, sino en todas sus atribuciones religiosas y políticas en aquel estado en pequeño, el hijo mayor, o el hermano o agnado más capaz. De ahí la expresión *heredes sui*, heredero de sí mismo, para los próximos agnados a quienes correspondía la sucesión de la familia. El jefe de ésta, sintiendo su propio poder, quiso imponerlo aun después de su muerte y como no había, más que la tradición religiosa de la familia, él que fue el único juez de lo que a ella convenía."<sup>19</sup>

El testamento romano era un acto solemne, unilateral y revocable en el cual, una persona instituía a su heredero o herederos para ser el continuador de su última voluntad.

Al ser el testamento romano una institución esencialmente solemne, tenía como elemento indispensable la institución de uno o más herederos, si dicho nombramiento era omitido o tenía algún defecto jurídico, todas las demás disposiciones contenidas en el testamento -tales como legados, fideicomisos, desheredaciones, designaciones de tutores o curadores- quedaban sin efecto, es decir, independientemente de que dicho testamento reuniera todos los requisitos establecidos por la legislación romana, si faltaba el nombramiento de heredero, el testamento resultaba nulo.

<sup>19</sup> ESQUIVEL OBREGÓN, T., *Apuntes para la historia del derecho en México*, segunda edición, Editorial Porrua, S. A. de C. V., México, 1984, tomo I, pág. 105.

En Roma la forma de los testamentos variaba de acuerdo a las épocas, y diferentes formas de testar fueron aceptadas sucesivamente por el derecho civil antiguo, por el derecho pretoriano, y por las constituciones imperiales.

Conforme al derecho civil antiguo, se admitieron las siguientes formas de testamento:

1. El testamento *calatis comitiis*, el cual "se hacía delante de los comicios por curias convocados a este efecto y en presencia de los pontífices, pues tenía un significado público-religioso. El jefe de familia declaraba delante de los comicios reunidos a quien elegía por heredero, dando los comicios su aprobación a esta elección, lo cual hacía del testamento una verdadera ley."<sup>20</sup>

Este tipo de Testamento, "se otorgaba ante los comicios curiados, convocados dos veces al año, el 24 de Marzo y el 24 de Mayo, el ciudadano que sucumbía en el intervalo sin haber tomado estas precauciones moría intestado".<sup>21</sup>

El autor Raúl Lemus, nos dice que "este testamento se hacía ante los comicios que sancionaban la voluntad del testador, dándole el carácter de una verdadera ley antes del código de la ley de las XII tablas. A partir de este ordenamiento, los comicios no tuvieron más carácter que el de testigo, ya que dicha ley sancionó la libertad absoluta para formular testamento. Esta forma de testar desapareció antes de fines del régimen republicano."<sup>22</sup>

2. El testamento *in procinctu* consistía en que, antes de iniciarse una batalla, se permitía a los soldados que hicieran su testamento, tomando por

<sup>20</sup> BAÑUELOS SANCHEZ, FROYLAN, *Interpretación de los contratos y testamentos. Formulario y jurisprudencia*, cuarta edición, Orlando Cardenas S. A. de C. V., Irapuato, Gto., 1990, págs. 1004.

<sup>21</sup> FLORIS MARGADAN, S. GUILLERMO, *El derecho privado romano, como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, op. cit., pág. 467.

<sup>22</sup> LEMUS GARCÍA, RAUL, *Derecho romano, personas-bienes-sucesiones*, Editorial Limsa, México, 1964, pág. 268.

testigos a sus compañeros de armas, se hacia delante del ejercito equipado y bajo las armas. El jefe de familia soldado que queria testar antes de marchar a combate declaraba su voluntad delante de sus compañeros de armas, que representaban la asamblea del pueblo. Esta ceremonia tenia, a veces, el papel de una discreta protesta de los soldados contra órdenes de sus superiores, insensatamente peligrosas.

El testamento *in procinctu*, era pues el testamento militar, sancionado por el pueblo en formación de batalla. Aquí el pueblo armado desempeñaba el papel de testigo. Cayó en desuso antes de fines de la república.

3. El testamento *per aes et libram original*, era el testamento hecho mediante la mancipatio. El testador celebraba una compraventa ficticia, con el *familiae emptor*, con testigos, libripens, balanza, etc., es decir, en forma de una mancipatio.

Guillermo Floris Margadant, nos dice que, "el testador podía vender todo un patrimonio "por un centavo" a un comprador-heredero, con efectos suspensivos hasta la muerte del vendedor-testador, e imponiendo al comprador el deber de repartir parte de los bienes entre terceros (legatarios)."<sup>23</sup>

El padre de familia que no había podido testar *calatis comitiis* y sentia su próximo fin, mancipaba su patrimonio a un amigo, encargándole oralmente de ejecutar las liberalidades que destinaba a otras personas. Mediante este procedimiento se hacia posible el testamento de los plebeyos.

Este testamento tenia la ventaja de poder hacerse en cualquier momento,

<sup>23</sup> FLORIS MARGADAN, S. GUILLERMO. El derecho privado romano, como introducción a la cultura jurídica contemporánea, op. cit., pág. 467.

pero sus inconvenientes eran:

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

-Desposeía al testador en vida de su patrimonio, pues la enajenación debía producir un efecto inmediato, y, al parecer, el testador no tenía ningún medio jurídico de revocarla si volvía de su acuerdo.

-Sólo moralmente el *familiae emptor* tenía la obligación de pagar las deudas.

-El jefe de familia no podía usarlo en favor del hijo que tenía bajo su autoridad, porque la mancipación no era posible entre ellos.

-Para Guillermo Floris Margadant, resultaba también inconveniente, "ir acompañado de una amplia publicidad, cosa poco deseable en materia sucesoria. Como siempre salían perjudicados algunos herederos legítimos, éstos podían vengarse, amargando con ello los últimos días o años del testador."<sup>24</sup>

Por todas estas razones hacia el final del siglo VI, el testamento *per aes et libram*, fue perfeccionado, y este progreso trajo, sin duda alguna, el desuso de las otras formas.

4. Testamento *per aes et libram* perfeccionado, mediante éste, el *familiae emptor*, en lugar de ser tratado como heredero, no es más que una persona complaciente, en quien el testador tiene su confianza, y que está encargada de

<sup>24</sup> *Ibidem*, pág. 465.

entregar la sucesión al verdadero heredero. El nombre de éste se escribía sobre tablillas que quedaban en manos del testador.

Froylan Bañuelos Sánchez, nos manifiesta que “el testamento *per aes et libram perfectionado* comprendió desde entonces dos operaciones distintas: a) *la mancipatio*, las palabras pronunciadas por el *familiae emptor* se modificaban, declaraba comprar el patrimonio; no era para guardarle sino a título de depósito, y para prestarse a la confección del testamento; b) *la nuncupatio*, o declaración que hace el testador, teniendo en la mano sus tablillas, que contienen el nombre del heredero y el conjunto de sus disposiciones testamentarias.”<sup>25</sup>

La *nuncupatio* tenía por objeto la venta de la herencia al *familiae emptor*, quien era un mero intermediario, encargado de entregar la herencia al heredero designado en la *nuncupatio*.

“En la *nuncupatio* - manifiesta Raúl Lemus García- el testador, en tablas de cera asentaba su última voluntad y designaba al heredero. Los testigos que intervenían en la *nuncupatio* ponían su sello sobre las tablas (*obsignatio*) y su nombre (*superscriptio*). Esta forma de testamento estuvo en vigor hasta los primeros siglos del imperio.”<sup>26</sup>

5. Testamento *nuncupativo*, esta forma de testamento era verbal, y Froylan Bañuelos Sánchez, nos dice que “fue admitido en derecho civil que un ciudadano pudiese testar oralmente con la ayuda de una simple *nuncupatio*, declarando en alta voz el nombre del heredero; y sus últimas voluntades, delante de siete testigos. Ofrecía menos garantía que el testamento *per aes et libram*, pero tenía la ventaja de hacerse más rápidamente y de no exigir ningún escrito.”<sup>27</sup>

<sup>25</sup> BAÑUELOS SANCHEZ, FROYLAN. Interpretación de los contratos y testamentos. Formularios y jurisprudencia, op. cit., pág. 124.

<sup>26</sup> LEMUS GARCIA, RAUL. Derecho romano, personas-bienes-sucesiones, op. cit., pág. 269.

<sup>27</sup> BAÑUELOS SANCHEZ, FROYLAN. Interpretación de los contratos y testamentos. Formularios y jurisprudencia, op. cit., pág. 125.

Esa forma de testar apareció en el bajo imperio, y era aplicada todavía durante el periodo de Justiniano. El pretor otorgaba validez a este tipo de testamento cuando su autor lo confeccionaba hallándose en peligro de muerte.

En el derecho pretoriano el pretor dio pleno valor al testamento escrito por el testador, presentado ante siete testigos y sellado por ellos. Podían servirse del mismo sello (*signare*), pero entonces cada uno debía escribir cerca del sello su nombre y el del testador (*adscribere*).

El autor Froylan Bañuelos Sánchez, nos dice que "cuando el testamento estaba revestido de estas formas, el pretor solo exigía que fuesen cumplidas las formalidades del derecho civil, dando al heredero instituido la *bonorum possessio, secundum tabulas*."<sup>28</sup>

Floris Margadant, Guillermo, agrega que "siempre inclinado a la simplicidad de las formas, el pretor se declaraba dispuesto, desde la última época republicana, a conceder la *bonorum possessio* a las personas indicadas en *tabulae* firmadas por el testador y siete testigos. Sin embargo, hasta Antonio Pío, el piadoso, los herederos legítimos, según el *ius civile*, podían reclamar sus derechos alegando que el testamento aludido era inválido ante el *ius civile*, por faltar la *mancipatio*. Sólo bajo dicho emperador se permitió al pretor -quien en aquella época, posterior al Edicto de Adriano, ya no tenía la libertad autónoma de crear y negar acciones y excepciones- rechazar dichas reclamaciones de los herederos del *ius civile*, mediante la *exceptio doli*, concedida a los herederos indicados en el testamento pretorio."<sup>29</sup>

Posteriormente en el derecho del bajo imperio nació una nueva forma de

<sup>28</sup> *Idem*.

<sup>29</sup> FLORIS MARGADANT, S. GUILLERMO, El derecho privado romano, como introducción a la cultura jurídica contemporánea, op. cit., pág. 468.

testar:

El testamento *tripertitum*, llamado así porque fusionó las reglas del derecho civil, del derecho pretoriano y de las constituciones imperiales. Este nuevo testamento está descrito en una constitución de Teodosio II, del año 439, quedando en vigor bajo justiniano.

El autor Margadant, citado ya con anterioridad, nos dice que este testamento, "se componía de tres partes: a) el texto, b) la *subscriptio* de los siete testigos (declaración expresa de que habían intervenido con carácter de testigos) y c) los sellos de los testigos, afuera, sobre el testamento cerrado y plegado (*obsignatio*). Este testamento debía hacerse en un sólo acto, sin interrupciones."<sup>30</sup>

El testamento *tripertitum*, consiste en que "habiendo escrito el testador de antemano su testamento sobre tablillas, reúne siete testigos, les presenta las tablillas, cerradas en parte si quiere guardar el secreto de sus disposiciones, cada testigo, lo mismo que el testador, pone su *subscriptio* debajo del testamento, cerrándose después las tablillas y poniendo cada testigo su sello (*signare*) y escribiendo su nombre cerca del sello (*adscribere*). Estas formalidades deben cumplirse uno contexto. La presencia de los testigos y la necesidad de los sellos, y la *adscripção* están tomados del derecho pretoriano. La *subscriptio* está puesta por las constituciones."<sup>31</sup>

Siguiendo con la historia del testamento en el derecho romano, llegamos a la última época de éste, el derecho Justiniano, Raúl Lemus García, manifiesta que "se hacía la distinción entre testamentos públicos, privados y privilegiados. Los testamentos públicos, eran aquellos que se transcribían en los registros

<sup>30</sup> *Ibidem*, pág. 271.

<sup>31</sup> BAÑUELOS SANCHEZ, FROYLAN, Interpretación de los contratos y testamentos. Formularios y jurisprudencia, op. cit., pág. 126.



judiciales o municipales, como el *apud acta*, o se depositaban en la persona del príncipe como el *principi oblatum*. Y por lo que se refiere a los testamentos privados, eran aquéllos otorgados ante testigos y en los que no intervenían ningún tipo de autoridades o funcionarios. Podían formularse por escrito o verbalmente. El escrito podía ser ológrafo cuando era escrito por el testador de su puño y letra, y alografo, cuando era escrito por persona distinta a su autor.”<sup>32</sup>

Los testamentos privilegiados en el derecho justinianeo gozaban de una situación especial por las facilidades que se conferían para su otórgamiento. En estos tipos de testamentos se encontraban muchas formas especiales -a veces más rigurosas, a veces menos-, pero los principales y de los cuales se tiene mayor información son los siguientes:

1. El testamento *militis* o militar, en el cual Raúl Lemus García, dice en su obra respectiva que “mediante este tipo de testamento la ley otorgaba grandes facilidades a los militares en campaña para formular su testamento sin observar las formalidades establecidas para los testamentos ordinarios, a tal grado que podían testar escribiendo su última voluntad con la punta de la espada en el suelo o con su sangre en el escudo que portaban. El testamento así instituido tenía plena validez, que no perdía sino hasta después de un año de que su autor se separaba del ejército. Este tipo de testamento ninguna relación tenía con el *in procintu* del derecho antiguo, el cual desapareció a fines de la república.”<sup>33</sup>

El testamento *militis* omite principios del derecho hereditario. La simplicidad, la imperitia de los soldados, y la efectiva imposibilidad de dirigirse a personas entendidas, mueve a varios emperadores a dictar disposiciones que les dispensen de observar las normas comunes en la elaboración del testamento. El

<sup>32</sup> LEMUS GARCIA, RAUL, Derecho romano, personas-bienes-sucesiones, op. cit., pág. 270.

<sup>33</sup> Ibidem, pág. 271.

testamentum *militis* tiene validez independientemente de su forma, siempre que sean manifiestas la voluntad y seriedad del testador.

En esta materia los soldados tuvieron siempre toda clase de privilegios, por una parte, "a causa de su torpeza", por otra, en vista de que el poder de las autoridades romanas dependían de la milicia, de manera que los soldados se convirtieron en un grupo frecuentemente dominador en la sociedad de esa época.

Esquivel Obregón apunta que el testamento privilegiado militar es el que concede la ley a los militares en campaña, por la imposibilidad en que se encuentran de llenar las formalidades que se exigen en los casos normales, pues "*seyendo en la hacienda, dice la ley de la partida, et veyéndose en peligro de muerte quisiera en aquella sazón hacer su testamento, decimos que lo puede hacer como quisiere et como podiere, por palabra o por escripto, et aun con la su sangre mesma, escribiendo en su escuto o en alguna de sus armas, o señalándolo por letras en tierra, o en arena, ca en cualquiera destas maneras que lo él faga et pueda ser probado por dos homes bonos que se acertaren hi vale tal testamento*".<sup>34</sup>

2. Testamento *ruri conditum* o testamento rural, Raúl Lemus García, manifiesta "que se podía otorgar, con plena validez, ante cinco testigos, aun cuando estos fueran analfabetos y, consiguientemente, no lo suscribieran, jurando a la muerte del testador, que la voluntad de éste había sido correctamente, reproducida."<sup>35</sup>

Como se menciona se podía hacer ante cinco testigos, si es que en el lugar no se hallaren los siete establecidos para los demás testamentos, y si uno de

<sup>34</sup> ESQUIVEL OBREGON, T., *Apuntes para la historia del derecho en México*, op. cit., pág. 730.

<sup>35</sup> LEMUS GARCIA, RAUL, *Derecho romano, personas-bienes-sucesiones*, op. cit., pág. 270.

ellos sabía firmar o supiere hacerlo, podía hacerlo por si y por todos los otros, pero este testamento no podía ser reservado.

3. El testamento *tempore pestis conditum*, "era otorgado en periodos de peste y cuando el testador se encontraba afectado por la enfermedad que la motivaba, los testigos podían suscribir el documento con posterioridad a su autor y no en forma simultánea, como lo mandaba el principio *unitas actus*. Se hacía también de esta forma para poder 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."<sup>36</sup>

## 2.2 FRANCIA

Sin duda alguna Francia es un país muy importante al hacer la síntesis de la historia del testamento, pues éste, es un precedente fundamental de la legislación mexicana. Francia al servir de modelo para subsecuentes legislaciones, muestra así su poderío legislativo, el cual se ve reflejado en el Código Napoleón.

El Código francés de 1804, en su artículo 895, manifiesta que el testamento es un acto revocable mediante el cual el testador dispone para el tiempo en que ya no existirá, de todos sus bienes o de parte de ellos. Sin olvidar que también comprende disposiciones de orden extrapatrimonial, es decir, de orden personal, tales como el reconocimiento de un hijo o la designación de tutela. Resaltando, además, que es un acto jurídico solemne, unilateral y personalísimo, pues la legislación francesa prohíbe los testamentos conjuntos o

<sup>36</sup> Idem.

mancomunados. Concluyendo que este tipo de disposición produce efectos jurídicos hasta después de la muerte del testador.

El derecho común en el Código de Napoleón, reconoce las siguientes clases de testamentos: el testamento ológrafo, el testamento abierto o auténtico, el testamento cerrado, al que antiguamente se le llamaba místico o secreto, y los llamados testamentos privilegiados, que son aquellos cuyas formalidades han sido simplificadas en razón de las circunstancias, testamentarias, de los cuales hablaremos en su oportunidad.

George Ripert, nos manifiesta que, en las tres primeras clases anteriormente mencionadas "el testamento siempre se hace por escrito. El derecho francés no conoce el testamento verbal o nuncupativo que se practicaba antaño pero que había sido prohibido por la ordenanza de 1735 (art. 1°), -agregando el mismo autor- que, las declaraciones verbales que una persona pueda hacer ante testigos en su lecho de muerte carecen de todo valor jurídico, no importando que sus herederos los reconocieran, pues su reconocimiento no los obligaba."<sup>37</sup>

Como hemos manifestado los franceses plasman en su Código Civil tres formas comunes para hacer testamento: la forma ológrafa, que viene siendo la más sencilla; la abierta o autentica; y el testamento cerrado al cual antiguamente se le llamaba místico.

Primeramente analizaremos el testamento ológrafo. Este testamento es el que se encuentra escrito íntegramente de puño y letra del testador. La terminología ológrafa, proviene del griego (*laos, entero, yexyelv, escribir*).

<sup>37</sup> RIPERT, GEORGE. Tratado de derecho civil según el tratado de Planioj sucesiones, primera parte, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1965, tomo X. Volumen primero, pág. 282.

"El testamento ológrafo -nos dice George Ripert- es de origen romano; sin embargo, la mayoría de las regiones de derecho escrito no lo conocían, por el contrario era muy usado en las regiones de derecho consuetudinario. Fue sólo el Código Civil que extendió la forma ológrafa a toda Francia."<sup>38</sup>

El Código Civil francés en su artículo 970 manifiesta que "el testamento ológrafo no será válido sino está escrito por entero, fechado y firmado de puño y letra del testador -agregando el ordenamiento- que él mismo no está sujeto a formalidad alguna."<sup>39</sup>

Y aunque la anterior definición nos hace pensar que este tipo de testamento es poco solemne o formal, la solemnidad del mismo se encuentra en la escritura, la fecha y la firma del testador, elementos esenciales que deben realizarse exclusivamente por parte del que disponga para después de su muerte, y de los cuales si falta alguno de ellos, el testamento será nulo.

El primer elemento esencial es la escritura, que como ya hemos manifestado, debe ser una redacción hecha por el mismo testador, puede escribirse en cualquier papel, aunque generalmente se redacta en papel sellado, también puede redactarse en forma de una carta y en varias hojas separadas, quedando claro que la escritura es continua.

Como segundo elemento encontramos la fecha, la cual es muy importante, ya que nos permite verificar si el testador era capaz al momento de hacer su testamento. Julien Bonnetcase, nos manifiesta que "la fecha debe ser escrita por el testador, si se modifica o agrega alguna cláusula al testamento debe fecharse también, salvo que simplemente se expliquen las disposiciones existentes, la

<sup>38</sup> *Ibidem*, pág. 283.

<sup>39</sup> HENRRI Y LEON, MAZEAUD, JEAN MAZEAD. *Lecciones de derecho civil*, parte cuarta, trad. Por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1965, volumen cuarto, pág. 454.

fecha implica la mención del día, mes y año, su ausencia implica la nulidad y aun más, la inexistencia del testamento."<sup>40</sup>

El tercer elemento que es la firma debe ser implantada de igual forma por el testador implicando, en principio el nombre y el apellido, admitiéndose que el nombre pudiera ser sustituido por un seudónimo.

Como expresa, George Ripert, "el testamento ológrafo presenta muchas ventajas, siendo de gran comodidad para aquellas personas que se encuentran enfermas y que no tienen el tiempo o los medios económicos para poder llamar a un notario. Es una forma muy fácil de testar, pues, basta con que la persona sepa escribir para poder realizar su testamento a su gusto, cuando quiera, y sin necesidad de ayuda alguna, siendo un medio eficaz para mantener en secreto las disposiciones del testador."<sup>41</sup>

Pero así como tiene sus ventajas, tiene sus inconvenientes, resultando preciso mencionar que este tipo de testamento podía prestarse a falsificaciones o caer en contradicciones, pues al ser redactado por el testador, éste podía excederse al manifestar alguna voluntad y desviar la intención original de la misma, o bien, acumular detalles inútiles que podrían prestarse a confusiones, inconveniente que podría resolverse con la ayuda de un profesional que guiara al testador a redactar su testamento, sin intervenir en el mismo.

George Ripert, nos manifiesta que, "otro problema al cual se enfrentaba el testamento ológrafo, era que él mismo podía ser sustraído por los herederos de entre los papeles del testador, viéndose tentados a destruirlo, sino les favorecía a sus intereses. Pero la práctica francesa encontró un remedio eficaz a este

<sup>40</sup> BONNECASE, JULIEN, Elementos de derecho civil, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1985, tomo III, pág. 351.

<sup>41</sup> RIPERT, GEORGE, Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol, sucesiones, op. cit... pág. 303.

punto, manifestando que el testador podía depositar su testamento en una escribanía pagando solamente una multa fiscal poco elevada para hacer registrar el testamento."<sup>42</sup>

Como podemos observar el testamento ológrafo presenta mas ventajas que inconvenientes, por lo que entre los franceses se convirtió en la forma más común para testar, y la que menos posibilidades presentó para declararlo nulo o inexistente.

Otro tipo de testamento que también fue reconocido por los franceses es el llamado abierto o auténtico que antiguamente era el más usado, pero como estaba rodeado de tantas formalidades y condiciones sufría de frecuentes anulaciones, siendo los notarios responsables de las mismas; por lo que recibían con agrado el depósito que hacían sus clientes del testamento ológrafo. No obstante, el testamento auténtico presentaba ventajas, pues podía ser hecho por alguien que no supiera escribir o que ya no pudiera hacerlo por encontrarse imposibilitado o enfermo, por lo que en la práctica el testamento auténtico era utilizado por los franceses en casos excepcionales.

Pero veamos en que consiste: El testamento abierto o auténtico se encuentra regulado por el Código Civil francés, el cual manifiesta que dicho testamento se otorgará ante dos notarios o bien, ante un notario asistido por dos testigos.

Antiguamente, el artículo 917 del citado ordenamiento, expresaba que se requería la presencia de dos testigos cuando el testamento se otorgaba ante dos notarios, y la asistencia de cuatro testigos cuando sólo compareciera un notario.<sup>43</sup>

<sup>42</sup> *Ibidem*, págs. 284 y 285.

<sup>43</sup> HENRRI Y LEON, MAZEAUD, JEAN MAZEAUD, Lecciones de derecho civil, op. cit., pág. 454.

Pero en relación al artículo en comento, en la practica era muy dificil que dicha formalidad se cumpliera, y sobre todo en los casos de urgencia o en zonas rurales. Por dicha razón fue modificado este precepto.

El testamento abierto manifiesta George Ripert, "debe ser dictado por el testador, si comparecen dos notarios al acto, uno de ellos lo escribirá o hará que se escriba a mano o a máquina, si sólo asistiere un notario de igual forma éste lo escribirá por sí o hará que se escriba a mano o a máquina, dictado en igual forma por el testador, antiguamente sólo podía ser escrito por el notario. Todo lo anterior significa que el testamento no podrá ser redactado en ausencia del testador, el notario tampoco puede limitarse a copiar un texto ya preparado, salvo que el testador le haya leído previamente dicho proyecto. Ya sea con la asistencia de uno o dos notarios, en ambos casos debe darse lectura del testamento al testador, haciéndose de ello expresa mención."<sup>44</sup>

El notario debe escribir el testamento en la forma como le es dictado, lo que no significa que tenga la obligación de reproducir las impropiedades de expresión del testador, conduciendo ciertas frases para un mejor entendimiento, pues son pocas las personas capaces de improvisar un texto correcto, haciéndose en esta forma testamentaria muy delicada su función.

George Ripert, expresa que "no era necesario que de primera intención se escriba el testamento en papel sellado, puede ser redactado en papel común, esto por si el testador quisiere hacer alguna corrección, pero siempre y cuando su transcripción en papel sellado se haga inmediatamente en presencia del testador, y en su caso del segundo notario o los testigos."<sup>45</sup>

<sup>44</sup> RIPERT, GEORGE, Tratado de derecho civil según el Tratado de Planiol sucesiones, op. cit..., pág. 304

<sup>45</sup> Ibidem, pág. 305.



Era una formalidad sustancial del testamento abierto, la lectura del mismo, en presencia del testador, del notario, y los testigos. Posteriormente el testamento era firmado por las personas descritas con anterioridad y si el testador declaraba que no sabía o no podía firmar, se hacía mención expresa de ello y de la causa que se lo impedía, después de la firma del testador o la causa de su omisión, se procedía a asentar las firmas de los testigos y el notario.

Por lo que se refiere a los testigos, George Ripert, manifiesta que "anteriormente los franceses requerían que estos fueran masculinos, mayores de edad, súbditos del rey y en goce de sus derechos civiles; pero la ley del 7 de diciembre de 1897, modificó el texto del antiguo ordenamiento civil desapareciendo la condición del sexo masculino, pues las mujeres podían ser testigos en los testamentos tanto como los hombres, no obstante el marido y la mujer no podían ser testigos en un mismo testamento; súbditos del rey significaba "franceses", en consecuencia, los extranjeros no podían ser testigos; la mayoría de edad para poder ser testigo, se requería siempre, lo mismo que el goce de los derechos civiles."<sup>46</sup>

Fuera de las condiciones generales y de acuerdo con lo señalado por el Código de Napoleón, no pueden ser testigos:

1. Los legatarios, cualquiera que fuera el valor del legado y por cualquier título que se le adjudicase, no extendiéndose la exclusión a los ejecutores testamentarios.
2. Los parientes o afines de los legatarios hasta el cuarto grado, aplicándose la exclusión al cónyuge, aunque éste no sea propiamente hablando, ni un pariente, ni un afín.

<sup>46</sup> *Ibidem*, pág. 303.

### **3. Los amanuenses de los notarios que reciben el testamento.**

Es importante mencionar que el testamento auténtico que fuera declarado nulo, no podía valer como testamento ológrafo, no importando que estuviere firmado por el que dispusiere para después de su muerte, pues recordemos que el testamento ológrafo debía ser escrito de puño y letra del testador.

Como conclusión podemos señalar las reglas que Julien Bonnetcase, establece del testamento autentico:

1. El testamento auténtico es un acto notarial.
2. Exige durante su confección la presencia real del segundo notario o de los testigos.
3. El testamento debe ser rigurosamente dictado por el testador, privando éste requisito a los mudos de la posibilidad de recurrir a esta forma testamentaria; debe también dictarse espontáneamente.
4. El mismo notario debe escribir el testamento, tal como se le dicte.
5. Debe leerse en presencia del testador y testigos, antes de firmarse.
6. El notario debe hacer constar en el testamento la circunstancia de haberse cumplido íntegramente todas las formalidades legales, y de manera principal la de haberse leído íntegramente.
7. El testamento debe ser firmado por los testigos, el notario y el testador salvo que éste último no pudiera firmar, expresando las razones de su impedimento.
8. Como todos los actos notariales, debe comprender la indicación del lugar de su redacción.
9. Se admite que el testamento pueda dictarse en idioma extranjero, a reserva de poner al margen la traducción francesa.

10. Los testigos deben ser mayores y franceses, no ser legatarios, parientes en el cuarto grado, o empleados del notario redactor.<sup>47</sup>

Como última clase de los testamentos comunes se encuentra el cerrado al que también se le conoce como místico o secreto. El término místico significa secreto, he de ahí las diversas expresiones que le dan al mismo.

El testamento cerrado podía ser escrito por el testador o por persona cualquiera, como un amigo, el notario e inclusive un legatario, y ello en ausencia de todo testigo, pues éstos últimos comparecen sólo cuando ya es presentado el testamento al notario y se legalice el mismo.

El autor George Ripert, manifiesta que "si el testador realizaba un testamento cerrado, el papel donde se manifestaba su última voluntad, o el sobre donde se guardaba la disposición, debía ser cerrado, lacrado y sellado. Esto quiere decir, que la hoja o el sobre sea cerrado con lacre y éste lacre llevará la impronta de un sello, que no necesariamente tiene que ser el sello del testador. El testador presentará su testamento cerrado, lacrado y sellado ante el notario y dos testigos, o hará que se cierre, se lacre y se selle en su presencia, declarando que el contenido del sobre es su testamento firmado por él, y escrito por él o por otro, manifestando el método de escritura empleado, sea a mano o a maquina, y que ha sido verificado por el testador."<sup>48</sup>

El notario para legalizar el documento extenderá un acta de suscripción la cual escribirá a mano o a máquina en el pliego o sobre, expresando fecha y lugar de otorgamiento, descripción del pliego y de la impronta del sello, firmando al

<sup>47</sup> BONNECASE, JULIEN, *Elementos de derecho civil*, pág. 349.

<sup>48</sup> RIPERT, GEORGE, *Tratado de derecho civil según el Tratado de Planiol sucesiones*, op. cit., pág. 312.

final el testador, el notario y los testigos. Todo lo anterior se hará sucesivamente y sin interrupción.

Para el caso de que el testador después de haber firmado su testamento, no pueda firmar el acta de suscripción, se hará la mención del motivo que le impide hacerlo; pero en el caso de que el testador no firmo el documento por no saber hacerlo o por alguna imposibilidad, desde el momento de la disposición testamentaria, se hará la misma mención en el pliego testamentario y posteriormente en el acta de suscripción.

El Código de Napoleón en su artículo 979 manifiesta que aquel testamento cerrado que se declare nulo por no haber cumplido con todas las formalidades establecidas por el Código, podía sin embargo, valer como testamento ológrafo, si reúne las formalidades de éste último, aun cuando se haya calificado de testamento cerrado.<sup>49</sup>

Analizaremos ahora los testamentos privilegiados, regulados por el Código de Napoleón, y llamados así por las dispensas que la ley les confiere en relación a los ordinarios, y son:

1. El testamento militar, que sólo puede ser realizado por militares y marinos o por personas empleadas en los ejércitos fuera de Francia, o dentro de ella en caso de movilización o de sitio.

Este testamento según el artículo 981, del mencionado ordenamiento, "se puede otorgar ante un oficial superior o médico militar de grado correspondiente y en presencia de dos testigos sean funcionarios de intendencia u oficiales del comisariado; ante uno de los oficiales o funcionarios y dos testigos; o bien, si se

<sup>49</sup> HENRRI Y LEON, MAZEAUD, JEAN MAZEAUD, Lecciones de derecho civil, op. cit., pág. 458.

encuentran en un destacamento aislado, ante el oficial comandante de ese puesto sino existe superior, y con la presencia de dos testigos."<sup>50</sup>

El oficial comandante de un destacamento aislado podrá otorgar testamento ante un oficial que le siga en el orden jerárquico.

Dichas facultades testamentarias se extenderán a los prisioneros en poder del enemigo.

Cuando el testador se encuentre enfermo o herido en hospital militar, podrá otorgar testamento en presencia del médico en jefe sea cual fuere su grado, asistido por un oficial de administración asignado, a falta de éste oficial bastara la presencia de dos testigos.

En todos los casos anteriormente mencionados, el testamento se hará por duplicado, pero si dicha formalidad no puede cumplirse, se extenderá una certificación del documento, que hará las veces de segundo original.

Cuando se restablezca la comunicación se remitirán los originales o el original y la certificación separadamente en pliego cerrado y lacrado, por correos diferentes, al ministro de guerra o de marina, para poder ser depositado en poder del notario que haya indicado el testador y a falta de indicación, en poder del presidente del colegio notarial del distrito de su último domicilio.

Este tipo de testamento es sólo provisional, pues pasa a ser nulo seis meses después de que el testador haya llegado a un lugar donde tenga libertad para emplear una de las formas ordinarias; a menos que antes de la expiración

<sup>50</sup> Idem.

de ese plazo, se coloque el testador nuevamente en una forma extraordinaria, suspendiéndose la prescripción.

2. "El testamento hecho en tiempos de peste o en una isla donde no haya notario, podrá realizarse ante un juez de paz o ante uno de sus funcionarios municipales del ayuntamiento en presencia de dos testigos. Esta capacidad testamentaria se extiende tanto para aquellas personas atacadas por alguna enfermedad, como aquellos que se encontraren en lugares infectos aunque no estuvieren enfermos."<sup>51</sup>

La imposibilidad de comunicación quedará asentada en el documento testamentario por el juez del tribunal de menor cuantía o el funcionario municipal ante el cual se otorgó el testamento.

De igual forma quedará nulo este testamento, seis meses después de que se haya restablecido la comunicación en el lugar.

3. El testamento hecho en el curso de un viaje marítimo, se hará cuando no hubiere posibilidad de comunicación con tierra o cuando se encuentre en un puerto extranjero el testador, y no hubiere agente diplomático o consular francés investido de funciones notariales.

Los testamentos de las personas que se encuentren a bordo, serán otorgados, en presencia de dos testigos, en los buques del Estado, ante el oficial de administración o comandante; y en los demás buques ante un capitán, dueño o patrón, asistido por su segundo a bordo y a falta de ellos por quienes los reemplacen.

<sup>51</sup> *Ibidem*, pág. 458.

**Y en cuanto a los testamentos de oficiales de administración, comandantes, capitanes, dueños o patrones se otorgarán ante quienes los sigan en servicio.**

**Haciendo por duplicado dicho testamento y cuando no hubiere posibilidad de ello, bastará la certificación del mismo, que hace las veces de segundo original firmado por testigos y oficiales instrumentales, haciendo la mención de la causa por la que no pudo extender el segundo original.**

**Al llegar al puerto en donde se encuentre un agente diplomático o un consular francés se le entregará bajo pliego cerrado y lacrado, uno de los originales o la certificación del mismo, el cual lo enviará al ministro de marina a fin de que se pueda efectuar su depósito.**

**Siendo válido este tipo de testamento, en el transcurso del viaje marítimo si el testador muere a bordo o dentro de los seis meses después de desembarcar y se encuentre el testador en un lugar donde pueda testar conforme a las reglas ordinarias.**

**Todos los testamentos antes mencionados deberán ir firmados por el testador, por aquellos que lo hubieren autorizado y por los testigos. Para el caso de que el testador no sepa o no pueda firmar, se hará mención en el pliego del porqué y la causa que le impide realizar dicha función.**

**4. El testamento hecho en país extranjero, dice George Ripert, "permite que un francés que se encuentra fuera de su país, pueda disponer de sus bienes para después de su muerte de tres formas distintas:**

**-La forma ológrafa, que podía utilizarse aun cuando en el país donde se encontrara el testador, no fuera regulada.**

-La forma local, de acuerdo a las disposiciones que regulaba ese país, siempre que fuera una forma auténtica.

-Y la forma auténtica francesa, en la cual el francés podía hacer testamento ante los cónsules o agentes diplomáticos franceses que se encontraran en el lugar de otorgamiento.<sup>52</sup>

Y por último podemos manifestar que aquellos testamentos elaborados en país extranjero que contuvieran disposiciones sobre bienes sitos en Francia, no podían ser ejecutados sino luego de haber sido registrados en la oficina del domicilio del testador de haber conservado alguno o en la oficina de su último domicilio conocido en Francia.

### 2.3 EN ESPAÑA

En la España primitiva el arraigado régimen de comunidad familiar con una secuela de sucesión legítima o forzosa, parece haber excluido por completo la existencia del testamento, pero ciertas características peculiares tales como la posibilidad de desheredación de la hija por el padre en cierta porción de la herencia, puede demostrar lo contrario, por lo menos con la eventualidad a que se refería la inobservancia de sponsales.<sup>53</sup>

El derecho español histórico al tener contacto con la población romana fueron adoptando y conociendo algunas de sus formas testamentarias, las cuales podían ser confundidas con tipos de donación *mortis causa* y otras formas de donación o enajenación. Es importante mencionar que la iglesia tuvo a bien

<sup>52</sup> RIPERT, GEORGE, Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol sucesiones, op. cit..., pág. 314.

<sup>53</sup> Cfr., BLEIBERG, GERMAN, Historia de España, segunda edición, Ediciones de la Revista de Occidente, Madrid, 1969, tomo III, pág. 759.



impulsar la institución testamentaria, al efecto de asegurar las mandas o legados hechos a su favor.

Primeramente hablaremos del testamento en la época visigótica. Los visigodos conocieron y practicaron el testamento, según las formas evolucionadas por el bajo imperio.

Los godos se romanizaron más pronto que los otros pueblos germánicos por lo que el testamento apareció primero entre ellos.

En el Fuero Juzgo en el título quinto del Libro Segundo se trataban de las mandas y de los muertos, Libro que regulaba el testamento para los vencedores y vencidos.<sup>54</sup>

La décima ley de las leyes del Fuero Juzgo hablaba de la capacidad que tenían para testar aquellos que se encontraban en su sano juicio y tuvieran catorce años cumplidos, manifestando que también era válido el testamento de los mayores de diez años realizado durante alguna enfermedad o que estuvieran en peligro de muerte, invalidándose tal disposición de última voluntad si pasaba la enfermedad o el peligro de muerte, facultándose para ratificar en caso de que surgiera una nueva enfermedad o que el testador cumpliera catorce años. Los locos podían testar en intervalos lúcidos.

Como podemos observar se va ampliando la testamentifacción activa del derecho español en comparación con el derecho romano, es decir, surgen diferentes condiciones para poder testar.

La ley 11 del Fuero Juzgo distingue cuatro clases de testamento,

<sup>54</sup> Enciclopedia universal-ilustrada Europeo-Americana, op. cit

las cuales son:

1. El escrito firmado por el testador y los testigos,
2. El escrito firmado solamente por el testador o por los testigos,
3. Escrito firmado por otra persona, a ruego del testador, por no saber este escribir, y
4. El oral ante testigos.<sup>55</sup>

Por lo que se refiere al número de testigos dicha ley no lo precisa pero se presume que eran siete en relación con el derecho romano.

Tanto el testamento escrito firmado por el testador y por los testigos, el escrito firmado solamente por el testador o por los testigos y el escrito firmado por otra persona a ruego del testador, por no saber éste escribir, debían ser presentados ante el obispo dentro de un término de seis meses siguientes a la muerte del testador, jurando los testigos, en los dos primeros casos, ser verdadero el testamento, y si el testador puso en el su señal, también que ésta fue puesta por el testador; en el tercer caso debían jurar el que escribió el testamento y los testigos que el documento no contenía engaño alguno, sino que se había hecho tal y como fue la voluntad del que lo mandó escribir.

El testamento oral ante testigos debía ser presentado ante el juez en el mismo plazo de seis meses posteriores a la muerte del testador, jurando los testigos que fueron rogados para el acto, así como el contenido del testamento, asegurando todo ello con su firma y la de otros testigos.

Las personas que servían como testigos para la realización de los testamentos, tenían la encomienda de avisar a los herederos la calidad que

<sup>55</sup> idem.

adquirían, en un plazo no mayor de seis meses a la muerte del testador so pena de ser tenidos como falsos. Por dicha encomienda debían recibir la vigésima parte del dinero que el testador dejase, es decir, el cinco por ciento del monto de lo heredado.

Como podemos observar de las cuatro clases de testamentos anteriormente explicados, se desprende una gran inseguridad en cuanto a la autenticidad del mismo, sobre todo en el testamento oral ante testigos, pues se tiene que confiar en la buena voluntad de los testigos para la veracidad y autenticidad del mismo. Por tal motivo se trataba de escoger testigos de buena fama pública y que no hubieran cometido fraude anteriormente.

Tal vez por estas razones de inseguridad el Fuero Juzgo también reguló el testamento ológrafo, exigiendo para él, mayores solemnidades que el derecho romano, pues aparte de ser escrito de puño y letra del testador, se debía expresar en el mismo, el día y el año en que era otorgado e ir firmado al final por el mismo testador, al llegar dicho testamento a manos de los herederos y éste ser presentado en un plazo de seis meses ante el obispo o juez, dichas autoridades deberán cotejar el documento con otros tres escritos indubitados del testador, y si la letra era igual confiaban y aprobaban el testamento colocando en el sus firmas.

"En esta época de la historia cuando los testamentos eran reglamentados por el Fuero Juzgo, cabe mencionar que no se les conocía como tal pues eran asignados por el nombre de mandas."<sup>50</sup>

Otra época importante en la historia de España fue la reconquista, en la

<sup>50</sup> *Idem*.

cual los testamentos siguieron regulados por el Fuero Juzgo hasta la monarquía asturiandeonesa.

Por lo que se refiere a los Fueros Municipales, los mismos no fueron más favorables al testamento, pues se pensaba que podía llegar a romper la unidad familiar en el orden económico, y los Fueros Municipales tendían a la estabilidad de ella.

Algunos fueros tales como el Cerero y el Ordenamiento de Najera, "prohibían a los enfermos postrados en cama (alechugados), hacer testamento en beneficio de personas extrañas, sin el consentimiento de sus herederos legítimos; pues los fueros consideraban que el enfermo se encontraba en mala disposición para testar, por lo que era restringido su derecho y en ocasiones se anulaba su disposición testamentaria."<sup>57</sup>

Sin embargo se admitió el testamento oral hecho ante el consejo o en la puerta de una iglesia, y el Fuero de Soria permitió el otorgamiento del testamento por apoderado (comisario), institución que fue arraigada por mucho tiempo.

El Fuero Viejo retomó lo establecido por la leyes del Ordenamiento de Najera y estableció además, que "los menores de edad que fuesen huérfanos, desde los siete a doce años pudiesen disponer por testamento, estando enfermos, de la quinta parte de sus bienes en favor del alma, haciéndose válida dicha enfermedad; y de los doce a los dieciséis años podían disponer de todo en favor del alma y sólo de la mitad en favor de otros; a partir de los dieciséis años en adelante podían testar y disponer de sus bienes como mejor les pareciere."<sup>58</sup>

El Fuero Real recoge todo el ordenamiento español antiguo, ampliando sus

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> BLEIBERG, GERMAN, *Historia de España*, op. cit., pág. 760.

disposiciones testamentarias pero bajo el nombre de mandas, haciendo asimismo una reordenación de las reglas sucesorias, destacando como principales las siguientes:

1. En primer lugar destaca la disposición de quienes no pueden realizar un testamento, manifestando que se encuentran imposibilitados para testar, los que no fueren de edad (sin precisar ésta, entendiéndose la de catorce años fijada por el Fuero Juzgo); los siervos, herejes, dementes, los condenados a muerte por delitos que traigan como consecuencia la pérdida de todos sus bienes; y los religiosos que contaban con el plazo de un año para testar, a partir de su ingreso a la orden, pues pasado dicho término se encontraban imposibilitados para realizar testamento.

Como podemos observar, el Fuero Real expresa quienes no pueden testar, entendiéndose con ello que todos los demás a los que la ley no les prohíbe, pueden hacerlo.

2. Como segunda regla testamentaria el Fuero Viejo manifestó que no podían ser herederos por testamento, expresando que carecen de testamentificación pasiva: los traidores, los alevosos, los hijos adulterinos, los incestuosos, los religiosos profesos y aquellos que ven matar, torturar, herir o cautivar a su señor y no hacen nada por brindarle ayuda pudiendo hacerlo.

3. Esta regla, manifestaba que todo aquel que careciere de parientes, podía disponer de sus bienes libremente, pero aquel que tuviere descendientes o parientes, sólo podía disponer del quinto de sus bienes en favor del alma o de otra persona.

4. Como cuarta regla el Fuero Real, disponía que el testamento en todos los casos debía realizarse por escrito de mano de un escribano o de un oficial

público, o bien, colocando en el testamento su sello conocido en escribano o con la firma de testigos, debiendo éstos ser rogados, es decir, el testador pedía solemnemente a las personas que fueran sus testigos.

5. Se permitía que los albaceas o ejecutores testamentarios pudieran ser sustituidos, pero en aquella época éstos recibían el nombre de cabezaleros. Manifestando la misma ley que tenían prohibido ser cabezaleros, los siervos, religiosos, mujeres menores de edad, los sordos, locos o herejes, los judíos, mudos o alevosos, los traidores, aquellos condenados a muerte y los que eran echados de su tierra: señalando el mismo ordenamiento cuáles eran las atribuciones de los cabezaleros, declarando obligatorio dicho cargo y manifestando que aquel que lo abandonare perdía automáticamente lo que se le hubiere dejado por dicha manda.

6. El Fuero Real legisla y hace obligatorio la publicación del testamento, debiendo el cabezalero presentarlo en término de un mes a partir de la muerte del testador, documento que debía ser llevado ante el alcalde; imponiéndose al que omitiera dicha presentación la pérdida de lo que se le hubiere dejado o una multa de la décima parte de la herencia.

7. La séptima regla declaraba la obligatoriedad del testamento así como la necesidad de cumplir sus disposiciones para todos aquellos a quienes se les hubiera dejado cualquier cosa, bajo pena de perderlo si no se cumplían, incluso para los nombrados guardadores de hijos o de bienes.

8. Finalmente se estableció, la revocación de los testamentos, ya sea por otro posterior o por la enajenación de lo dejado en el primero.<sup>56</sup>

<sup>56</sup> Cfr., Enciclopedia universal-Ilustrada, Europeo-Americana, op. cit.

Como podemos observar éstas ocho reglas establecidas en el Fuero Real fueron de lo más importante en aquella época estableciendo un avance significativo para España en cuanto a materia de Sucesiones.

En aquella época también se reguló acerca de los peregrinos quienes quiera que fuesen y de cualquier país, permitiéndoseles testar estando sanos o enfermos según su voluntad; en caso de que un peregrino muriera sin testamento, los alcaldes eran facultados para recoger sus bienes, tomando lo necesario para el entierro y guardando el resto, poniendo a disposición del rey para que éste dispusiera el destino de los bienes; disposiciones que fueron un timbre de gloria para España.

Como podemos ver se forma una gran diferencia entre el sistema del derecho medieval español y el derecho romano; diferencia que posteriormente sería anulada por el Código de las Partidas, el cual retomó la mayoría de las disposiciones establecidas en el derecho romano y admitió todas las clases de testamento permitidas en aquella época. Exigiendo así la necesidad de la institución de heredero y negando la posibilidad de hacer testamento por comisario pues se consideraba que debía ser un acto personalísimo.

Dos de los testamentos importantes en las partidas fueron el testamento cerrado o escrito, también llamado *in scriptis* y el abierto o *nuncupativo*.

Para el testamento cerrado se exigían siete testigos rogados, y siempre la unidad del acto, a ésta clase de testamento se le llamaba cerrado porque se empleaba cuando el testador quería que su voluntad permaneciera oculta.

El testador escribía por su mano el testamento o hacía que otro lo escribiera por él, cerrando la carta y dejando pendiente siete cuerdas para poner siete sellos y dejar tanto pergamino en blanco para que los testigos pudieran

escribir su nombre; para lo cual previamente los llamaba manifestándoles que aquel era su testamento y rogándoles que colocaran su nombre y su sello, posteriormente de dichas firmas el testador escribía o hacía escribir su nombre insertando la siguiente frase: "Manifiesto que este es el testamento, que yo fulano, hice o mande escribir."<sup>60</sup>

Cabe mencionar, que en este tipo de testamento las Partidas no precisan ante que autoridad debía otorgarse el mismo.

Por lo que se refiere al testamento *nuncupativo* o abierto llamado así por el Código de las Partidas, Gutiérrez Fernández Benito, nos dice que, "éste se realiza ante escribano público y con la presencia de tres testigos vecinos del lugar donde se hiciera o realizare, leyendo el escribano el testamento a los testigos. Pero en el caso de que en el lugar no se encuentre escribano público, han de concurrir cinco vecinos como testigos si en el mismo se hallaren los mismos, pues en el caso de que no se lograren reunir los cinco testigos será válido con tres."<sup>61</sup>

Textualmente la ley de las ordenanzas manifiesta que: "El testamento *nuncupativo*, se hace delante de notario, a de tener tres testigos, pero sino se hace delante de notario, han de ser cinco testigos, siempre que lo haya en el lugar, porque sino bastan tres. *Si veru non fiat coram notario quinque; si in eo loco haberi possint, alioquin sufficere tres.*"<sup>62</sup>

La publicación del testamento *nuncupativo* se hacía compareciendo los testigos en presencia del juez y manifestando bajo juramento que aquella era la voluntad del testador. Procediendo esta formalidad cuando el testamento sólo se

<sup>60</sup> GUTIERREZ FERNANDEZ, BENITO, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, Editorial Lex Nova, S. A., Madrid, 1963, tomo III, págs. 122 y 123.

<sup>61</sup> *Ibidem*, pág. 125.

<sup>62</sup> *Ibidem*, págs. 126 y 127.



hizo delante de testigos, sin otorgar escritura, o bien, en escritura privada; pues, si se hubiere hecho con intervención de escribano, sería un instrumento público y valdría sin necesidad de tal publicación.

En la Novísima Recopilación, las leyes del Toro manifestaron que la capacidad para testar la tenían el hijo o hija que fuesen de edad legitima (catorce y doce años respectivamente) aunque estuviesen en poder del padre; y que los condenados a muerte podían testar incluso por codicilo o comisario.

En este periodo la legislación destaca cuatro puntos importantes que son:

- El testamento militar.
- El testamento mutuo o mancomunado.
- La protocolización de los testamentos.
- La declaración del pobre.

Por lo que se refiere al testamento militar, "los militares que no estuvieran en hueste debían testar igual que los hombres comunes, y estando en hueste les bastaban dos testigos rogados, y encontrándose en peligro de muerte podían testar como pudiesen o quisieren con tal de que dos hombres buenos pudieran probar la voluntad del testador."<sup>63</sup>

El testamento mutuo o mancomunado es "el que otorgaban dos personas, disponiendo mutuamente una en favor de otra; se uso especialmente por los cónyuges. No debemos confundirlo con el conjunto, en el cual dos personas disponían simultáneamente en favor de otra. El testamento mutuo fue obra de la práctica y fue admitido por la jurisprudencia en ese periodo."<sup>64</sup>

<sup>63</sup> *Ibidem*, pág. 166.

<sup>64</sup> *Ibidem*, pág. 164.

En materia de solemnidades relativa a la publicación del testamento, la ley del enjuiciamiento civil de 1855, reglamento el modo de elevar a escritura pública el testamento otorgado de palabra y manifestó que la protocolización de los testamentos cerrados debía hacerse en el archivo del escribano que autorizaba tal efecto.

Finalmente manifestaremos lo referente a la declaración del pobre, "llamado así el testamento otorgado por aquel que carecía de bienes, basándose lo anterior en que por regla general una definición de testamento siempre se refería al acto de disposición de bienes o institución de heredero y legatario; pero no necesariamente debía ser así, pues un testamento hecho por un pobre podía consistir en nombrar tutor para sus hijos, o bien, disponer de bienes que en futuro pudiera adquirir. Este tipo de testamento se encontraba regulado por diversas condiciones, dada la complejidad del mismo."<sup>65</sup>

Y es así como después de analizar brevemente la historia del testamento en la España antigua, llegamos a el proyecto del Código Civil español de 1851, el cual siguiendo en gran medida lo estipulado por el Código francés considero a la herencia como un modo de adquirir bienes, derechos y obligaciones; y al testamento, como el primer modo de delación de aquella.

Dicho Código define el testamento como "un acto solemne y esencialmente revocable por el que dispone el hombre de todo o parte de sus bienes para después de su muerte en favor de una o más personas (art. 555 del proyecto del Código Civil Español de 1851)."<sup>66</sup>

Los testamentos se clasifican en comunes y especiales, encontrándose dentro de los primeros, el ológrafo, el abierto y el cerrado, sin admitirse el

<sup>65</sup> Enciclopedia universal-Ilustrada Europeo-Americana, op. cit.

<sup>66</sup> Código Civil español de 1852, pág. 157.

testamento oral, pues se exigía que la última voluntad constara por escrito; y en todos los casos el testamento debía realizarse ante escribano público.

"En los testamentos especiales la ley suprime ciertas solemnidades, encontrando en ésta clasificación: El testamento otorgado en peligro inminente de muerte o en caso de peste u otra enfermedad contagiosa por virtud de la cual quede incomunicada la población; el testamento militar, en el cual los privilegios se reducen, regulando en forma distinta los casos en que se puede testar de palabra en peligro próximo; y por último se consideraban también especiales al marítimo y el otorgado en país extranjero." <sup>67</sup>

Al llegar al Código Civil español de 1889, el cual rige hasta la actualidad podemos apreciar como se reordena el derecho antiguo español en materia de testamento, y para no hacer una recopilación de lo que establece el Código Civil me resulta más acertado mencionar lo que José Puig Brutau, resume en cuanto a la clasificación testamentaria, manifestando que "el Código Civil español se refiere a la forma de los testamentos en los artículos 676 y siguientes, dice que el testamento puede ser común o especial, dentro de la primera clasificación se encuentran el testamento ológrafo, abierto o cerrado (art. 676). 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 de quien se hallé en inminente peligro de muerte (art. 700), y el otorgado en tiempo de epidemia (art. 701). Y como variantes del testamento cerrado común regula el de los sordomudos y el de los que no puedan hablar pero si escribir (art. 709)." <sup>68</sup>

<sup>67</sup> *Ibidem*, pág. 158.

<sup>68</sup> PUIG BRUTAU, JOSE. Compendio de derecho civil, derecho de familia, derecho de sucesiones. Editorial Bosch, Barcelona, España, 1990, volumen cuarto, pag. 332.

## 2.4 EN MÉXICO

México en la época precortesiana desde un punto de vista jurídico se ve reflejado en cuatro culturas: la olmeca (siendo la más antigua), la maya (conocida por su gran imperio), la chichimeca y la azteca (surgida en la segunda mitad del siglo X); sin embargo, señala Floris Margadant, que "a pesar de ser culturas destacadas por sus avances culturales, sólo los aztecas conocieron con algo de detalle el derecho."<sup>69</sup>

Y por lo que se refiere a nuestra materia, la cultura azteca se manifestó con un régimen de propiedad puramente comunal, pareciendo excluir en un principio algún tipo de sucesión mortis causa, pues los bienes de la comunidad eran de todos y para todos, y para confirmar o anterior mencionaremos los bienes de propiedad raiz, tales como el "calpullalli", "el tecpantalli", y el "mitchimalli", que eran característicamente comunales.

Sin embargo, en el periodo azteca se vislumbró una forma de propiedad privada que trajo consigo el surgimiento de sucesión mortis causa; y aunque primero floreció la sucesión que hoy llamamos legítima por el régimen familiar tan arraigado en aquella época, el respeto a la última voluntad del sucesor, es el precedente más importante y fundamental del testamento en México.

Dicha forma de propiedad privada en el proceso evolutivo azteca fue el pillalli, que se formaba por un conjunto de tierras que el monarca llamado tlacatecutli, adquiría a título de conquista, aclarando que no todas las tierras conquistadas pasaban a formar parte del pillalli, sólo aquellas partes que eran despojadas como pena por su conducta durante la guerra o por las ofensas que

<sup>69</sup> FLORIS MARGADANT, S. GUILLERMO. Introducción a la historia del derecho mexicano, octava edición, Editorial Estinge, S.A. de C.V., Mexico, 1988, pág. 11

habían conferido a los comerciantes aztecas, que eran al mismo tiempo embajadores y espías.

La explotación de tierras pertenecientes al pillalli no lo realizaba el tlacatecutli directamente, pues se consideraba en detrimento de su jerarquía, se las daba en usufructo a los miembros de su corte. Convirtiéndose los nobles en usufructuarios de las tierras del pillalli, que a su muerte regresaban al monarca, quien, sin embargo, podía permitir que las siguieran explotando los herederos del difunto, con lo que aparece un principio de sucesión mortis causa.

Se debe aclarar que lo anterior no afirma que el testamento apareció con los aztecas, pues quedaba al arbitrio del monarca respetar la voluntad del muerto, sin embargo, podemos decir que es el antecedente más remoto de sucesión testamentaria en México; no como la conocemos en nuestros días, pues no fue una institución jurídica destacada, autónoma e independiente de la voluntad del tlacatecutli (rey).<sup>70</sup>

Posterior a la época precortesiana de la que acabamos de hacer mención, surge la época colonial "en donde -manifiesta Trinidad García- las Siete Partidas, las leyes del Fuero Juzgo y las del Fuero Real, fueron en materia civil parte fundamental del derecho positivo mexicano, hasta que entraron en vigor, los primeros códigos nacionales."<sup>71</sup>

Sin embargo es hasta el periodo de México Independiente, cuando surge la codificación mexicana, e iniciando no con el Código Civil de 1870, que todos conocemos como antecedente al Código actual de 1928, sino con el Código Civil del Estado libre de Oaxaca que si bien sólo tuvo vigencia en ese Estado, y no en

<sup>70</sup> Cfr., GARCÍA, TRINIDAD, Apuntes de introducción al estudio del derecho, vigesimonovena edición, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 1991, pág. 60

<sup>71</sup> Ibidem, pág. 69.

el distrito federal que es la materia que no ocupa, es considerado por Raúl Ortiz Urquidí, el primer Código Civil Iberoamericano, que de una u otra forma sirvió como antecedente al Código Civil de 1870.

Siendo Oaxaca cuna de la codificación iberoamericana, publica su primer Código Civil en el año de 1827, constituido de cuatro libros y reglamentando en el tercero de los diferentes modos de adquirir la propiedad.<sup>72</sup>

Entre otras cosas el artículo 571 de este Código, nos dice que la propiedad de los bienes se puede adquirir o transmitir por sucesión testamentaria; abriéndose paso a la transmisión de los bienes por un acto jurídico llamado testamento, cuya definición se encuentra asentada en el artículo 751 que transcribiremos textualmente:

“Art. 751. El testamento es un acto por el cual el testador, dispone para el tiempo en que dejare de existir de la totalidad o parte de sus bienes, y la cual disposición puede revocar.”<sup>73</sup>

Las sucesiones testamentarias se encontraban sujetas a determinadas disposiciones, tales como: la capacidad, pues se requería estar en su entero juicio y sana razón para hacer testamento. El menor de catorce años no podía disponer por testamento, y habiendo llegado a esa edad sólo podía disponer de la mitad de la porción de los bienes que la ley permitía disponer a un mayor de edad; ahí se estableció también que las disposiciones que el mayor hiciere por testamento, no podían exceder de la mitad de sus bienes, si en su muerte sólo deja un hijo legítimo, del tercio si deja dos hijos y del cuarto si deja tres o más; estableciéndose lo anterior por lo que se refiere a los descendientes. Y en caso

<sup>72</sup> Cfr., ORTIZ URQUIDI, RAUL, Oaxaca, cuna de la codificación iberoamericana, Editorial Porrúa, S.A., México, 1974, pág. 10.

<sup>73</sup> Ibidem, pág. 225.

de que no hubiere descendientes, pero si ascendientes, sea uno o varios, en ambas líneas o en una sola, sus liberalidades testamentarias no podían exceder de la mitad de sus bienes (arts. 757, 759, 760, 768, y 770 del Código Civil Oaxaqueño).<sup>74</sup>

Debemos resaltar la protección que se daba a la familia con la porción reservada a los herederos legítimos, institución que recibió el nombre de legítima. Sin embargo, en caso de no existir descendientes o ascendientes las liberalidades por actos testamentarios podían agotar la totalidad de los bienes (art. 771 de dicho Código).<sup>75</sup>

El Código que nos ocupa regulaba dos clases de testamento, el abierto y el cerrado.

El testamento abierto, también llamado nuncupativo, era aquel que se otorgaba ante un escribano público con la concurrencia de tres testigos que fueran vecinos del lugar donde se asentare el testamento, o de cuatro, si alguno o todos los testigos no fueren vecinos (art. 823 del Código Civil de Oaxaca).<sup>76</sup>

Este tipo de testamento era dictado por el testador al notario, quien al término del mismo se colocaba en manos del testador para que corroborará que sus disposiciones habian quedado asentadas tal y como lo dispuso, en caso de que no supiera o pudiera leer, se designaba una tercera persona para que supliera dicha omisión; realizándose con posterioridad la anotación de que el testamento fue leído, estando el testador conforme con lo establecido; haciéndose todo lo anterior en presencia de los testigos.

<sup>74</sup> *Ibidem*, págs. 223 y 225

<sup>75</sup> *Ibidem*

<sup>76</sup> *Ibidem*, pág. 232.

Posteriormente y de conformidad, el testador firmaba el documento, en caso de que no supiere o no pudiese firmar, se hacía mención expresa de la causa que se lo impediere.

Después de que quedaban expresadas tales disposiciones, dicho documento debía ser firmado por los testigos. En caso de que el acto se realizara fuera de la capital, bastaba la firma de dos testigos.

La otra forma por la cual los vecinos del Estado de Oaxaca podían testar, fue a través del testamento cerrado al cual también se le conocía como secreto.

"El testamento cerrado debía ser escrito por el testador, o por un segundo a solicitud del primero; concluido y firmado el documento, el testador lo cerraba con una cubierta y lo sellaba, presentándolo así ante el escribano y seis testigos cuando menos; o bien, se cerraba y sellaba en presencia del escribano y los testigos. Debiendo declarar el testador en el acto, que ese papel era su testamento escrito y firmado por él o escrito por otro y firmado por el disponente. Posteriormente el escribano extendía una carta de otorgamiento sobre la cubierta del testamento, la cual era firmada por el testador, los testigos y el propio escribano. Realizándose lo anterior en un acto continuo. Cuando después de firmado el testamento, le sobreviniera al testador una causa que lo imposibilitaba para firmar el acta de otorgamiento, el escribano asentaba la causa de la omisión, sin necesidad de que el número de testigos aumentara. Sólo se agregaba uno más cuando el disponente no hubiere firmado su testamento, asentándose la razón de la omisión."<sup>77</sup>

Aquellos que no sabían leer ni escribir se encontraban imposibilitados para hacer testamento cerrado. Sin embargo, la ley faculta a aquellos que no pudiesen

<sup>77</sup> Ibidem, págs. 233 y 234.



hablar, pero si oír y escribir, realizar testamento cerrado, con la formalidad de que fuere escrito, fechado y firmado de su puño y letra.

Como podemos observar el Código Civil oaxaqueño sólo reguló dos clases de testamento, insuficientes para las necesidades de la actualidad, pero que en su tiempo marcó una pauta para el inicio de la legislación civil mexicana y entre otros un precedente para el surgimiento del Código Civil del Distrito Federal y Territorios de la Baja California de 1870.

Al llegar al año de 1870, se expide el primer Código Civil del Distrito Federal y territorios de la Baja California, el cual regula en su Libro cuarto lo relativo a las sucesiones, expresando en su artículo 3374 que “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”, definición aunque reducida abre paso a la sucesión de los bienes vía testamentaria a través de un acto jurídico llamado testamento.

Dentro de las disposiciones testamentaria que regulaba el Código Civil de 1870, se encuentra el sistema de la legítima, que siguiendo al derecho español, se reguló en México una forma de limitar la libertad de testar y aunque para muchos podría resultar excesiva dicha limitación, la exposición de motivos del Código en cuestión, argumenta que, “es justo limitar el expresado derecho; porque la ley debe cuidar de la suerte de todos los ciudadanos, y de la armonía y bienestar de las familias. En efecto -agrega el argumento- si no hubiera limitación alguna a la libertad de testar, se daría mil veces el escandaloso espectáculo de que al paso que los hijos de un individuo gemían en la miseria, un extraño disfrutaba de la fortuna que había adquirido, no por motivos de justicia ó equidad, sino por causas tal vez dignas de castigo”.<sup>78</sup>

<sup>78</sup> MATEOS ALARCON MANUEL, *Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal de 1870*, De las sucesiones y testamentos, Tip. y Lit. “La Europea”, México, 1900, tomo VI, pag. IV

Y así después de argumentar porqué en ese tiempo se estuvo a favor de la legítima, digamos en que consiste.

Se entiende por legítima la porción de bienes destinada por ley a los herederos forzosos. Regulando el citado ordenamiento porciones diversas para la concurrencia de descendientes legítimos, naturales y espurios; así como para los ascendientes de cualquier grado. Disposición que en nuestra opinión, se estableció de una manera predominantemente protectora.

Por lo que se refiere a la forma de los testamentos el Código Civil de 1870, no admitió el testamento ológrafo, por considerarlo propenso a la falsificación, y así la exposición de motivos del mismo ordenamiento expresa: "no puede negarse que esta forma de otorgamiento tiene las grandes ventajas de conservar el secreto de la institución y de facilitar nuevas disposiciones testamentarias, según que varíe la voluntad del testador. Pero esas ventajas sino desaparecen completamente, se debilitan de un modo extraordinario cuando se considera el terrible peligro de la falsificación. Como por desgracia está hoy tan adelantado el pernicioso arte de imitar no sólo la firma, sino todos los caracteres con que una persona acostumbra escribir, no puede decirse que hay la menor seguridad, sean cuales fueren los medios que se adopten para evitar el mal".<sup>79</sup>

El Código Civil de 1870, divide a los testamentos en públicos y privados; dentro de los primeros se encuentran el abierto y el cerrado, y por lo que respecta a los segundos se permite realizar testamento privado, militar, marítimo y el hecho en país extranjero.

Sin embargo, a pesar de ser considerado el Código Civil de 1870 una obra seria y bien pensada, fue de corta duración. Catorce años después de haber sido

<sup>79</sup> Ibidem, pág. 115.

promulgado, se ve sustituido por el Código Civil del Distrito Federal y territorio de la Baja California de 1884 en el que en la materia que nos ocupa tiene importancia la supresión de la herencia forzosa -llamada legítima- por su reemplazo a la libertad de testar.

Y el autor Manuel Mateos Alarcón, se muestra, a favor de este cambio radical, expresando que "la libertad de testar no es más que el ensanche natural de la libertad individual y el complemento del derecho de propiedad. El individuo que con su trabajo y su industria adquiere una fortuna más o menos considerable, debe tener el derecho de disponer de ella de la manera que crea conveniente, y cualquiera restricción que se le impone, enerva su actividad productora con perjuicio de la riqueza pública, pues así como la esperanza de que después de su muerte sus bienes serán de las personas a quienes designe libre y voluntariamente, lo alienta y estimula para redoblar sus esfuerzos y afanes, así también el temor de que suceda lo contrario, lo decepciona y desanima, inclinándolo cuando menos a la negligencia y al abandono."<sup>60</sup>

En mi opinión considero que es acertada esta modificación pues es cierto que el hombre atesora bienes no sólo para su satisfacción personal sino también para proteger a su familia, y una imposición restringida como la legítima, lo presiona, viendo con desagrado esa imposición arbitraria y violenta, que le quita al progenitor un verdadero, tierno y desinteresado cariño por parte de sus descendientes.

Resulta importante mencionar que algunos autores citan como influencia preponderante en este cambio trascendental, la situación familiar del entonces presidente General Manuel González, quien deseaba favorecer en su testamento a otra persona en lugar de su esposa y su familia.

<sup>60</sup> Ibidem, pág. V

Fundamentando lo anterior, hagamos mención del comentario de Floris Margadant, el cual considera que "al parecer ésta curiosa modificación encontró su explicación en el deseo de un importante "influyente", de verse libre de las restricciones impuestas por la porción legítima".<sup>81</sup>

O bien, lo que señala Mateos Alarcón, al decir que "esta reforma tan trascendental se introdujo a iniciativa del Ejecutivo, por medio de su órgano el Ministro de Justicia, Ministro Garanda".<sup>82</sup>

Y es así como la libertad de testar, modifica nuestra legislación al establecer que toda persona tiene derecho de disponer libremente de sus bienes por testamento, a título de herencia o de legado; derecho que únicamente se encuentra restringido por la obligación de dejar alimentos a los parientes que por ley tienen derecho a recibirlos.

Y como ya expresamos esta disposición fue la modificación más importante que sufrió el Código de 1884, en materia de sucesiones, pues en lo referente a las formas testamentarias, surgió la misma tendencia del anterior Código, encontrándose sólo modificaciones de forma y no de fondo.

<sup>81</sup> FLORIS MARGADANT, S. GUILLERMO. Introducción a la historia del derecho mexicano, op. cit., pág. 157.

<sup>82</sup> MATEOS ALARCON MANUEL, Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal de 1870, Op. cit., pág. V.

## **CAPITULO III**

**SUCESION TESTAMENTARIA EN EL DISTRITO FEDERAL**

La sucesión testamentaria es una especie de la sucesión mortis causa que se produce mediante la expresión de la última voluntad de un causante, manifestada en cualquiera de las formas previamente establecidas por el legislador.

La sucesión testamentaria es la que se basa en la existencia de un testamento válido, hecho en cualquiera de las formas legalmente autorizadas.

### 3.1 EL TESTADOR. CAPACIDAD PARA TESTAR

Aquella persona física que mediante su muerte provoca el inicio de una sucesión mortis causa recibe el nombre de: causante, de cujus, autor de la herencia o sucesión y difunto; pero muy particularmente en la sucesión testamentaria se le conoce como testador.

El testador es aquella persona física propietaria de un conjunto de bienes, derechos y/o obligaciones que a su muerte se transmiten a sus herederos o legatarios, a través, de la apertura de la sucesión testamentaria.

El autor Rafael Rojina Villegas, nos dice que "en la sucesión testamentaria el testador si es un sujeto del derecho hereditario cuya conducta jurídica se

## ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

encuentra regulada no sólo para dictar válidamente su testamento, sino también para definir hasta donde alcanza el poder de su voluntad por reconocimiento de la norma y en que aspectos debe subordinarse a disposiciones prohibitivas o imperativas que lo obligan a disponer en cierta forma de sus bienes según diversas legislaciones que no admitían plenamente la libertad de testar o que los sometían a la necesidad jurídica de asegurar alimentos a ciertas personas, bajo la sanción de que el testamento será inoficioso en caso contrario, reduciéndose en la medida conducente para cumplir con esa obligación."<sup>83</sup>

Recordemos que el testamento es un acto de última voluntad, en donde el testador manifiesta sus disposiciones que se cumplirán para cuando él deje de existir, facultad que tienen todos aquellos a quienes la ley no les prohíbe el ejercicio de este derecho, pero también Rafael de Pina, nos dice que "el derecho de testar tiene en su abono el sentimiento de sus manifestaciones más legítimas, porque por este medio pueden pagarse, más o menos real o simbólicamente, las deudas de honor, de gratitud, y de cariño; y así mismo, tiene en su favor el derecho, porque la propiedad resultaría mutilada desde el momento en que estuviera sujeta su existencia a la circunstancia eventual y precaria de la muerte del propietario. La facultad de disponer de los propios bienes para después de la muerte del propietario, tiene en la naturaleza humana su apoyo más firme. Pues, la aspiración del hombre normal no es solamente la de atesorar medios económicos para su propia satisfacción egoísta, sino también la de poder atender con ellos a las necesidades de sus familiares sobre todo de los de más próximo parentesco, no únicamente mientras viva, sino hasta después de la muerte. La idea de proteger más allá del término de la propia vida a aquellas personas con las que nos ligan los lazos afectivos más arraigados, da al derecho de testar un sentimiento tan profundamente humano que negarlo resulta verdaderamente incomprensible en gentes de cierta elevación moral."<sup>84</sup>

<sup>83</sup> ROGINA VILLEGAS, RAFAEL, *Derecho civil mexicano*, op cit., pág. 33

<sup>84</sup> Cfr., DE PINA VARA, RAFAEL, *Elementos de derecho civil mexicano*, op cit Pág. 264.

La existencia de una capacidad reflejada en una voluntad inteligente y libre, dueña de sí y segura de lo que se está haciendo, es necesaria para todos los actos jurídicos, pero en el caso de la sucesión testamentaria la ley es particularmente exigente, pues si bien es cierto que el testamento es un acto de libre disposición de bienes en donde el testador puede disponer de los mismos, una omisión o disposición contraria a la ley, puede traer como consecuencia que un testamento sea declarado nulo o inoficioso.

De acuerdo con el artículo 1368 del Código Civil para el Distrito Federal, un testamento será declarado inoficioso, cuando el testador en sus disposiciones testamentarias favorezca a terceros extraños, sin dejar cuando menos alimentos a las siguientes personas:

- a) A los descendientes menores de dieciocho años respecto de los cuales tenga obligación legal de proporcionar alimentos al momento de la muerte,
- b) A los descendientes que estén imposibilitados de trabajar, cualquiera que sea su edad, cuando exista la obligación a que se refiere el inciso anterior,
- c) Al cónyuge supérstite cuando esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Salvo otra disposición expresa del testador, este derecho subsistirá en tanto no contraiga matrimonio y viva honestamente,
- d) A los ascendientes,
- e) A las personas con quien el testador vivió como si fuere su cónyuge durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueran varias las personas con quien el testador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos.



**f) A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras que no cumplan dieciocho años, sino tienen bienes para subvenir a sus necesidades.**

**Debemos tener en cuenta que no existe la obligación de dejar alimentos a todos los anteriormente mencionados sino a falta o por imposibilidad de los parientes más próximos en grado (art. 1369 del Código Civil para el D.F.).**

**El artículo 1370 del Código Civil para el Distrito federal, nos manifiesta que tampoco hay obligación de dejar alimentos cuando dichas personas tengan bienes propios; siempre y cuando sea igual a la porción que les corresponda, pues en el caso de que sean menores, la obligación se reducirá a lo que falte para completarla.**

**Para tener derecho a ser alimentado se necesita encontrarse al tiempo de la muerte del testador en alguno de los casos expresamente señalados al efecto y cesa ese derecho tan luego como el interesado deje de estar en las condiciones dichas, observe mala conducta o adquiera bienes.**

**Este derecho no es renunciable, ni puede ser objeto de transacción. Pero cuando el caudal hereditario no fuere suficiente para dar alimentos a todas las personas que tienen derecho a ello, dispone el artículo 1373 del Código del que hemos hecho referencia, que se observarán las reglas siguientes:**

- a) Se administrarán a los descendientes y al cónyuge supérstite a prorrata,**
- b) Cubiertas dichas pensiones se ministrarán a prorrata a los ascendientes,**
- c) Después se ministrarán, también a prorrata, a los hermanos y a la concubina,**
- d) Y por último se ministrarán igualmente a prorrata a los demás parientes colaterales dentro del cuarto grado.**

**La pensión alimenticia constituye una carga de la masa hereditaria, excepto cuando el testador haya gravado con ella a alguno o algunos de los particulares de la sucesión.**

**Y para el otro supuesto de que un testamento que no cumpla con las formalidades establecidas con la ley puede ser declarado nulo, se establece que:**

**La nulidad se presentará cuando el testador realice sus disposiciones de última voluntad bajo la influencia de amenazas contra su persona o sus bienes, o contra la persona o bienes de su cónyuge o parientes. Es nulo el testamento captado por dolo o fraude. De igual manera procederá la nulidad cuando el testador otorgue un testamento en contravención a las formas prescritas por la ley. Y la renuncia a la facultad de revocar el testamento es nula (arts. 1485, 1487, 1491 y 1493 del Código Civil para el D.F.).**

**De lo anteriormente vertido se desprende que el testador debe tener sumo cuidado en la elaboración de su testamento, por tal motivo se recomienda que se encuentre asesorado por un profesionista, que lo guíe a la forma que más le conviene para realizar sus disposiciones que quiere se cumplan para cuando él ya no exista. Pues de lo contrario, una mala disposición podría acarrear como ya vimos, la nulidad o ineficacia de sus disposiciones de última voluntad.**

**Como se ha manifestado el derecho a testar es irrenunciable, por lo tanto se debe tener capacidad para la realización del acto jurídico.**

**La capacidad para testar o testamentación activa, se encuentra reconocida en el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 1305 el cual manifiesta que pueden testar todos aquellos a quienes la ley no les prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho.**

Baqueiro Rojas nos manifiesta que "como todo acto jurídico, el testamento requiere que el testador sea un sujeto capaz. La capacidad para testar es la regla general, y tienen capacidad para hacerlo, todas aquellas personas a quienes la ley no se los prohíbe expresamente.

La capacidad para testar es más amplia que la común; así en materia testamentaria:

1. Se adquiere antes que la capacidad general para realizar actos jurídicos por sí mismo, ya que el menor de edad, pero mayor de dieciséis años, tiene capacidad para hacer testamento, siempre que éste no sea ológrafo.

2. Los incapaces sujetos a interdicción por demencia pueden otorgar testamento durante un intervalo lucido, a diferencia de los otros actos jurídicos, que no pueden celebrar personalmente sino sólo a través de sus representantes legales.

3. Otros sujetos, no tipificados como incapaces, como los analfabetos, los invidentes y los sordomudos, o los que desconozcan el idioma castellano, no están privados de la capacidad para testar, aunque deberán sujetarse a las formas que para tal efecto señala la ley".<sup>85</sup>

Y como manifestamos que, la capacidad la tienen todos aquellos a quienes la ley no les prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho. Ahora debemos saber, cuando la ley limita o prohíbe la libertad de testar. Y para esto el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1306, nos dice que, se encuentran incapacitados para testar:

<sup>85</sup> BAQUEIRO ROJAS, EDGARD. Derecho de familia y sucesiones, op. cit., pág. 279

- a) Los menores que no han cumplido dieciséis años de edad, ya sean hombres o mujeres,
- b) Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio.

Por lo que toca al primer supuesto de la incapacidad de los menores de dieciséis años para realizar testamento, esta incapacidad es absoluta siendo sólo posible la transmisión de los bienes, en éste caso, por la apertura de la sucesión legítima.

Resulta conveniente mencionar que una sentencia penal no coloca a la persona en una incapacidad para testar, pues si bien es cierto que en nuestro derecho la condena suspende derechos civiles - tales como suspensión de los derechos de tutor, curador, albacea, mandatario, depositario, interventor, etc.- pero nunca origina la incapacidad para disponer por testamento.

Y por cuanto al otro supuesto de la incapacidad por enajenación mental, podemos manifestar, que ésta es relativa, en virtud de que se admite la posibilidad de testar a aquellas personas que encontrándose en este supuesto tengan intervalos lúcidos, y que el testamento se realice en el momento de lucidez, siendo primordial para la ley, el estado en que se halle el testador al hacer su testamento.

El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1307, manifiesta que es válido el testamento hecho por un demente en un intervalo de lucidez.

Se regula un procedimiento para que el enajenado que tenga momentos de lucidez, haga testamento, y aquí Rojina Villegas, resume acertadamente lo que la ley dice al respecto, expresando el citado autor, "que en este caso el testador, el tutor o, en su defecto, un familiar del enajenado, deberá presentar solicitud al juez competente, es decir, al juez de primera instancia del domicilio, para que

nombre dos facultativos, preferentemente especialistas en enfermedades mentales y asista con ellos al examen del paciente y si del resultado se comprueba que se encuentra en un momento de lucidez, se procederá a levantar un acta y a que dicte su testamento, que debe ser ante notario. Por consiguiente, el juez inmediatamente ordenará que se presente un notario con sus testigos para la confesión del testamento. Debe asentarse el resultado del examen que hagan los médicos haciendo constar que durante todo el tiempo de la acción del testamento el autor de la herencia estuvo en pleno estado de lucidez, pues de lo contrario podría impugnarse de nulo. Las formalidades del testamento que se haga por un enajenado en un momento de lucidez, serán las del testamento público abierto, es decir, el otorgado ante notario y testigos.<sup>166</sup>

### 3.2 EL TESTAMENTO

El testamento como institución, es considerado para muchos autores, como de las más lentamente elaboradas en la historia de las instituciones jurídicas.

La palabra testamento puede entenderse en dos sentidos: como acto de última voluntad y como documento en que ésta voluntad se encuentra. Es un acto de última voluntad porque sólo produce efectos jurídicos para después de la muerte del testador. Y por lo que se refiere a que es un documento donde se encuentra plasmada la voluntad, debemos entender que el testamento generalmente es escrito y excepcionalmente oral, como en el caso del testamento privado.

Claro que lo anteriormente expresado se explicará más detalladamente en su momento.

<sup>166</sup> ROGINA VILLEGAS, RAFAEL, Derecho civil mexicano, op. cit., págs. 250 y 251.

### 3.2.1 CONCEPTO

El concepto de testamento para muchos de nosotros puede ser concebido de manera diferente, algunos pueden estar de acuerdo con lo que plasma el legislador en el Código Civil, otros se pueden inclinar por lo que algún autor manifieste al respecto. Sin embargo, sea una u otra tendencia se debe estar convencido de lo que entendemos por testamento.

Para ello se verán tres conceptos, el que la ley señala en su artículo 1295, pues aunque para muchos parezca incompleto, es el punto de partida para ulteriores definiciones; el que manifiesta Rojina Villegas, pues es considerado de fácil comprensión; y por último un concepto personal del testamento.

El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1295 expresa: "Testamento en 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".

Por otro lado Rojina Villegas considera que "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."<sup>67</sup>

Por último, en mi opinión el testamento es un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable y libre, hecho por una persona física capaz de transmitir un bien, ejercitar algún derecho y/o cumplir alguna obligación, para después de su muerte.

<sup>67</sup> *Ibidem*, pág. 383.

### 3.2.2 ELEMENTOS

De acuerdo con el concepto de testamento vertido anteriormente, y con las disposiciones que el Código Civil vigente en el Distrito Federal regula sobre ésta materia, resaltando como elementos del testamento los siguientes:

1. Acto jurídico.
2. Unilateral.
3. Personalísimo.
4. Revocable.
5. Libre.
6. Solemne.
7. Ejecutado por persona capaz.
8. Disposición de bienes y derechos y/o declaración y cumplimiento de deberes.
9. Acto mortis causa.

A continuación se analizará cada uno de los anteriores elementos:

1. Acto jurídico.

El testamento es sin duda un acto jurídico, pero que entendemos por acto jurídico, para ello, Luis Uribe nos dice, que el acto jurídico "es una manifestación de voluntad que se realiza con la intención de producir efectos de derecho, existiendo una norma jurídica que ampare esa manifestación."<sup>88</sup>

De la anterior definición, se deduce que para que exista el acto jurídico se requiere de una manifestación de voluntad, con el objeto de producir efectos

<sup>88</sup> URIBE, LUIS F., Sucesiones en el derecho mexicano, Editorial Jus, S.A. de C.V., México, 1962, volumen segundo, pág. 163.

jurídicos deseados, amparados por una norma jurídica, que produzca consecuencias de derecho.

Y efectivamente, el testamento es un acto jurídico, ya que lo realiza una persona física que exterioriza su voluntad, con la intención de producir determinados efectos de derecho al manifestar el deseo de que sus bienes pasen a tal o cual persona después de su muerte, o se cumplan ciertas disposiciones o deberes para cuando deje de existir; amparados tales efectos por una norma jurídica, y que tiene por objeto precisamente la transmisión mortis causa.

## 2. Unilateral.

El testamento es un acto jurídico unilateral, porque para que se exteriorice la voluntad del testador no se requiere de más voluntades que estén de acuerdo con ello, como sucede en los actos bilaterales, tales como el contrato, en donde para su perfeccionamiento requiere que ambas partes contratantes exterioricen su voluntad. Aquí en el testamento es suficiente una sola voluntad, la del disponente.

Es importante mencionar que el testamento se perfecciona con la sola declaración del testador, sin que se requiera de ninguna manera la aceptación de el heredero o legatario.

Sin embargo, a pesar de lo manifestado anteriormente, veremos más adelante cuando en una disposición testamentaria, se pueden insertar dos voluntades, como una excepción a lo establecido por el Código Civil para el Distrito Federal sin contravenir a lo estipulado por el artículo 1296, el cual manifiesta que no pueden testar en el mismo acto dos o más personas, ya en provecho recíproco, ya en favor de un tercero.



### 3. Personalísimo.

Es un acto personalísimo el testamento, porque no puede hacerse por intermediario de otra persona, que actuara como representante; sólo puede ser hecho por el testador, pues queda a su personalísimo criterio determinar y designar quien o quienes se quedarán con sus bienes cuando el fallezca; o bien, como quiere que se cumplan sus deberes para después de su muerte.

La mayoría de los actos jurídicos se pueden celebrar a través de representantes, pero excepcionalmente algunos deben ser personales, siendo sólo el interesado el que debe ejecutarlos.

Rojina Villegas nos dice, que "en el testamento el carácter personalísimo estriba en que es el testador en persona el que debe manifestar su voluntad, instituyendo herederos y legatarios, asignando cantidades y distribuyendo bienes. No puede encomendarse a un tercero ni la designación de herederos y legatarios ni la asignación de bienes o cantidades. Únicamente puede encomendarse a tercero la distribución de cantidades o bienes que hubiese dejado el testador para ciertas clases, como huérfanos, ciegos, pobres etcétera, fijando una cantidad global o un acervo de bienes. Como se trata de clases con número ilimitado se encomienda al albacea como ejecutor, o a un tercero como albacea especial, la distribución simplemente de ciertos bienes o cantidades que hubiese asignado el testador, o bien, cuando el testador deja sus bienes a determinadas instituciones, generalmente de beneficencia y encomienda a un tercero la elección de éstas, o respecto de ciertos actos de beneficencia que deban realizarse."<sup>89</sup>

### 4. Revocable.

Para tener presente lo que se debe entender por revocación, se verá lo

<sup>89</sup> ROGINA VILLEGAS, RAFAEL. Derecho civil mexicano, op. cit., pag. 385.

que manifiesta Gutiérrez y González al respecto, señala: "la revocación de un testamento es un acto jurídico por medio del cual se priva de sus efectos para el futuro, al acto jurídico anterior consistente en haber otorgado un testamento, plenamente válido por razones de oportunidad catalogadas subjetivamente por su autor"<sup>90</sup>

Ahora bien el testamento es un acto revocable, característica esencial, y regulada por la ley la cual manifiesta que no puede renunciarse al derecho a hacer un testamento, ni al derecho a revocarlo en cualquier momento (arts. 1492 y 1493 del Código Civil para el D.F.).

Pero la revocación del testamento puede darse en dos formas: tácita y expresa. La primera de ellas, la revocación tácita se presenta cuando se otorga un nuevo testamento y no se hace referencia a la existencia de uno anterior. Así el artículo 1494 del citado Código, nos dice que, el testamento anterior queda revocado de pleno derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte.

La revocación expresa tiene lugar cuando se declara fehacientemente que el testamento anterior queda sin valor alguno. Declaración que puede hacerse en un nuevo testamento, o bien acudir ante el notario y revocar el primer testamento, sin otorgar uno posterior. En este supuesto el testador se quedaría sin testamento, y si muere sin otorgar uno posterior se abriría la sucesión intestamentaria.

Es importante mencionar en este apartado que cuando se revoque un testamento en el cual se haya realizado el reconocimiento de un hijo, la revocación no surtirá efecto alguno por lo que hace al reconocimiento. Y para ello

<sup>90</sup> GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO, El patrimonio, tercera edición, Editorial Porrúa, S. A. de C. V., México, 1990, pág. 596

el artículo 367 del Código Civil del Distrito Federal, manifiesta: que el reconocimiento no es revocable por el que lo hizo, y si se ha hecho en testamento, cuando éste se revoque, no se tiene por revocado el reconocimiento.

#### 5. Libre.

El testamento es un acto libre, pues cualquier circunstancia que afecte o altere la completa libertad de testar, trae como consecuencia la nulidad del acto. Cuando por cualquier circunstancia se desprenda que la voluntad del testador se encuentra viciada, podrá el testador mismo o en su oportunidad los herederos legítimos, pedir la nulidad del testamento.

En el caso de que el testador al realizar su testamento se encuentra bajo la influencia de amenazas contra su persona o sus bienes, o contra la persona o bienes de su cónyuge o de sus parientes; estamos en el caso de un vicio a la libertad de testar, por lo que se podrá pedir la nulidad del acto jurídico (art. 1485 del Código Civil para el D. F.).

#### 6. Solemne.

La solemnidad no es otra cosa que cumplir cabalmente con las formalidades que exige la ley para la realización de ciertos actos jurídicos. Y así Baqueiro Rojas dice al respecto, que "como acto llamado a producir sus efectos después de la muerte del autor, el testamento requiere rodearse de seguridades que garanticen la exacta expresión de su voluntad, pues no cabe la posibilidad de aclaraciones o rectificaciones en el momento de su aplicación. Es así que de antiguo se ha exigido una forma estricta que la técnica jurídica considera elemento de existencia, por lo que el testamento es un acto jurídico solemne".<sup>91</sup>

Sólo reuniendo esas solemnidades que la ley exige para cada tipo de

<sup>91</sup> BAQUEIRO ROJAS, EDGARD. Derecho de familia y sucesiones, op. cit., pág. 333.

testamento, éste llega a existir como tal. La ley es clara al advertir que cuando no se observan las formalidades establecidas para los testamentos ordinarios o especiales, el testamento no produce efecto legal alguno provocando una inexistencia.

#### **7. Ejecutado por persona capaz.**

A este respecto ya hemos escrito anteriormente de la capacidad con la que el testador debe contar al hacer testamento.

Por tal motivo, debe recordarse que el testador al momento de otorgar su testamento debe contar con la edad de dieciséis años (salvo en el testamento ológrafo donde se requiere la mayoría de edad), y encontrarse en su cabal juicio al celebrar el acto jurídico.

#### **8. Disposición de bienes y derechos y/o declaración y cumplimiento de deberes.**

Efectivamente el testamento es un acto jurídico en donde el testador puede disponer de sus bienes para después de su muerte, y dicha disposición de orden patrimonial puede ser a título universal o particular, nombrando herederos y/o legatarios según sea el caso.

Pero no necesariamente debe ser un acto patrimonial, pues aunque el testamento no contenga disposición de bienes de ninguna especie, puede el testador declarar que sus deberes sean cumplidos de tal o cual forma, contener el reconocimiento de un hijo, nombramiento de tutor, etc.; sin perder la validez del acto testamentario.

#### **9. Acto mortis causa.**

El testamento es un acto mortis causa, esto quiere decir, que adquiere

consistencia jurídica sólo a la muerte del disponente, sin que antes de ello, tenga algún valor jurídico. El hecho de que en vida del testador, el testamento no produce efecto alguno, no significa que sus efectos sean retardados o no exista el acto jurídico en vida del testador, sino que el acto adquiere valor jurídico sólo a la muerte del disponente.

Y para reafirmar lo anterior, veamos lo que Luis Uribe, piensa al respecto manifestando que "por tratarse de un acto mortis causa, mientras el testador no ha muerto, no se crea ningún derecho ni expectativa de derecho en favor de los herederos o legatarios, así también, por el contrario, esa declaración de la voluntad del testador hecha en su testamento tiene validez plena y definitiva cuando reúne los requisitos correspondientes, independientemente del tiempo que medie entre la celebración de ese testamento y la muerte real del autor de la sucesión."<sup>92</sup>

También debemos tener presente que el testamento, "no es un acto de enajenación de dominio, puesto que lo ordenado por el testador se perfecciona hasta su muerte; de allí que el heredero o el legatario designados por el testador, no adquieren antes del fallecimiento del autor, ningún derecho sobre los bienes del testador".<sup>93</sup>

### 3.2.3 CLASIFICACION

De acuerdo con el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1499, los testamentos se clasifican en cuanto a su forma, en ordinarios y especiales.

<sup>92</sup> URIBE, LUIS F., Sucesiones en el derecho mexicano, op. cit., págs. 167 y 168.

<sup>93</sup> GALINDO GARFÍAS, IGNACIO, Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia federal, comentado, Libro Tercero, de las sucesiones, segunda edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1993, tomo III, pág. 12.

Los testamentos ordinarios son aquellos que se otorgan en situaciones normales, por ello los requisitos que se piden en esta clasificación son más rigurosos que los que exige la ley para el otorgamiento de los testamentos especiales.

Por lo que se refiere a los testamentos especiales, estos se otorgan en situaciones precisamente especiales, porque son situaciones en donde no sería posible hacer uso de las formas comunes de testar, por tal razón el legislador exige para su perfeccionamiento requisitos menos rigurosos que los que estipula para los testamentos comunes.

De ahí que los testamentos ordinarios tengan validez indefinida si no son revocados por el mismo testador, en tanto que los testamentos especiales, pueden perder su eficacia si el testador sobrevive a la circunstancias extraordinarias que dieron lugar al otorgamiento del acto.

El testamento ordinario puede ser público abierto, público cerrado, público simplificado y ológrafo (art. 1500 del Código Civil para el D.F.).

Y el testamento especial puede ser privado, militar, marítimo y hecho en país extranjero (art. 1501 del Código Civil para el D. F.).

#### 3.2.3.1 TESTAMENTOS ORDINARIOS

A continuación se hará un análisis de los diversos tipos de testamentos ordinarios, que contempla la legislación mexicana.

## TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO

El artículo 1511 del Código Civil para el Distrito Federal señala que este tipo de testamento es aquel que se otorga ante un notario público, de acuerdo a las disposiciones del Título Tercero, Capítulo II, del Libro Tercero del mismo Código.

En este tipo de testamento el testador ante notario expresará de modo claro y terminante su voluntad acerca de la forma en que quiere sean cumplidas sus disposiciones de última voluntad, y las cuales desea plasmar en su testamento. El notario deberá de redactar por escrito las cláusulas del testamento sujetándose estrictamente a la voluntad del testador. Una vez hecha la redacción, el notario dará lectura al instrumento, y si el testador esta de acuerdo será firmado por éste, el notario o en su caso, los testigos y el intérprete. En el instrumento deberá quedar claramente asentado el lugar, año, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado, quedando de esta manera formalizado el testamento.

Es un testamento considerado público porque esta autorizado por el notario, el cual cuenta con fe pública, es decir, es un fedatario público, y se le clasifica como abierto por ser un instrumento visible en el protocolo notarial.

Pero veamos más detalladamente los pasos a seguir para la realización de este tipo de testamento:

a) El testador expresa de modo claro y terminante su voluntad al notario público de la forma que quiere sea redactado su testamento. La voluntad no debe ser expresada a través de señales o monosílabos en respuesta a las preguntas que se le hagan, pues recordemos que esta situación acarrearía la nulidad del acto. Lo que tenga que manifestar el testador debe ser claro, entero y legible para el notario público y, en su caso para los testigos e intérprete.

b) El notario público deberá de redactar las cláusulas del testamento en su protocolo notarial, mismas que deben coincidir con la voluntad expresa del testador. La redacción del instrumento no puede contener huecos en blanco o servirse de abreviaturas o cifras, así mismo debe de realizarse en castellano (art. 61 y 62 de la Ley del Notariado para el D. F.).

c) El notario debe leer en voz alta el texto redactado, y si el testador manifiesta que esta conforme con lo leído, y en su caso los testigos lo están también, se firmará el instrumento por el testador, el notario, y si intervienen, por los testigos e intérprete.

d) El testamento debe contener como requisito indispensable lugar donde se redactó el instrumento, es decir, donde se llevó a cabo la realización del mismo, el día, mes y año en que se redacta, anotando con claridad dicha fecha para que no quepa la menor duda; y por último, la hora en que fue otorgado el mismo.

Una vez cumplidos todos los requisitos mencionados con anterioridad, el notario dará fe pública del acto, para que el testamento sea válido y produzca las consecuencias de derecho derivadas de su propia naturaleza.

El Código Civil señala ciertas características adicionales cuando el testador tenga algún impedimento ya sea físico o de otra naturaleza para la realización de su testamento. En estos casos se analizará, el Código en mención, en su artículo 1513, el señala que cuando se presente alguna de estas circunstancias, así como cuando el testador o el notario lo soliciten, dos testigos deberán concurrir al acto de otorgamiento y firmar el testamento. Así mismo, los testigos instrumentales a que se refiere el citado precepto podrán intervenir, además, como testigos de conocimiento.



**Pero veamos cuales son estas causas en donde se requiere de ciertas formalidades:**

**En caso de que el testador no sepa o no pueda escribir su testamento uno de los testigos firmará a ruego del testador y éste imprimirá su huella digital, (art. 1514 del Código Civil para el D.F.).**

Quando el testador fuere enteramente sordo, pero supiere leer, él mismo dará lectura a su testamento; pero si no supiere o no pudiera hacerlo, designará a una persona para que lo lea a su nombre (art. 1516 del Código Civil para el D. F.). Lo anterior no releva al notario de su obligación de leer el instrumento público, pues recordemos que estas son formalidades adicionales.

Para el caso de que el testador sea ciego, o no pueda o no sepa leer, el testamento se leerá dos veces: una por el notario público de acuerdo con la forma ordinaria y otra, en igual forma, por uno de los testigos u otra persona que el testador designe (art. 1517 del Código Civil para el D. F.).

En caso de que el testador ignore el idioma del país en que pretende realizar testamento, la ley establece que al acto concurra además del notario público, un intérprete nombrado por el testador, en la realización del acto notarial el testador escribirá de su puño y letra el testamento, el cuál deberá ser traducido por el intérprete, traducción que se escribirá en el protocolo como testamento, y el original se archivará en el apéndice correspondiente con la finalidad de que pueda verificarse si es correcta la traducción hecha por el intérprete.

Si el testador no supiere escribir o no pudiera hacerlo, el intérprete escribirá las disposiciones testamentarias dictadas por el testador y una vez aprobadas por éste último, serán traducidas por el intérprete, procediendo posteriormente a lo que dispone el párrafo anterior.

Si el testador no puede o no sabe leer, dictará en su idioma el testamento, al intérprete. Y traducido éste, se dispondrá lo que señala el primer párrafo, referente al testador que ignora el idioma en donde va a realizar su testamento (art. 1518 del Código Civil para el D. F.).

En el caso anteriormente citado el intérprete podrá intervenir además, como testigo de conocimiento.

### TESTAMENTO PUBLICO CERRADO

El testamento público cerrado es aquel en el cual el testador hace sus disposiciones en un documento privado, y es escrito por el propio testador, o por una persona a su ruego en papel común. Debe ser presentado ante la presencia de tres testigos a un notario público, para que éste, recoja la declaración del testador de que la expresión de su última voluntad se encuentra en el pliego guardado en el sobre que se exhibe, y se hace constar esta declaración por acta notarial en el sobre de referencia.

“En el testamento público cerrado no se exige la autografía. El testador puede escribir por si mismo sus disposiciones de última voluntad, o puede hacerlas escribir por otra u otras personas a las que designe. En todo caso, el que escribe el testamento a ruego del testador es considerado como un servidor o amanuense, que obra bajo la dirección de aquel sin disponer nada por si.”<sup>94</sup>

Como ya expresamos el testamento público cerrado, puede ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego, en papel común. Aquí no se exige que

<sup>94</sup> GALINDO GARFIAS, IGNACIO. El Código civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia federal, comentado, libro tercero, de las sucesiones, op. cit., pág. 128.

**el documento se escriba en una clase de papel determinado, podrá asentarse perfectamente en papel sellado o en cualquier clase de papel.**

**El testador al redactar su testamento público cerrado deberá rubricar todas las hojas y firmar al calce del testamento, y en caso de no saber o no poder hacerlo lo hará otra persona a su ruego (art. 1522 del Código Civil para el D.F.).**

**La firma y la rubricación de todas las hojas en el testamento, se realiza con la finalidad de que se tenga plenamente identificado al testador y evitar que se sustraigan hojas del documento siendo reemplazadas por otras, pudiendo colocar dicha rubrica en cualquier lugar de la hoja. La firma al calce del documento, garantiza que es ahí donde terminan sus disposiciones testamentarias, dándole un carácter definitivo al acto. Cuando sea otra persona distinta del testador la que haya rubricado y firmado el acto, deberá concurrir con el notario a la presentación del pliego cerrado, acto en el cual el testador declarará que el documento fue rubricado y firmado por dicha persona.**

**Después de realizado el testamento, el documento se cerrará y sellará antes de que se presente al notario y los testigos, o bien, se procederá a cerrarlo y sellarlo en su presencia.**

**El testador presentará el documento ante el notario y tres testigos, declarando que ese es el pliego en donde consta su última voluntad. Inmediatamente después, el notario dará fe del documento, no sin antes comprobar que se han satisfecho todos los requisitos necesarios para su realización. La constancia de otorgamiento se plasmará en la cubierta del testamento, manifestando la declaración del testador, en presencia de testigos, de que en dicho sobre se encuentra el pliego que contiene su testamento. En la cubierta deberán firmar tanto el testador, los testigos y el notario, el cual colocará su sello (arts. 1525 y 1526 del Código Civil para el D.F.).**

Quando un testigo no pueda firmar, lo hará otra persona en su nombre y en su presencia de modo que siempre haya tres firmas. Pero en el caso de que el testador sea el que no puede firmar, lo hará otra persona a su nombre y en su presencia, no debiendo ser un testigo, salvo en los casos de extrema urgencia (arts. 1527, 1528 y 1529 del Código Civil para el D. F.).

Quando el testamento público cerrado es otorgado por un sordomudo, el Código Civil en su artículo 1531, manifiesta que deberá ser escrito, fechado y firmado de su propia mano por éste, de otra manera no será válido. Y al presentarlo ante notario, se hará con la asistencia de cinco testigos.

Cerrado y autorizado el testamento por el notario, éste se lo entregará al testador y asentará una razón en su protocolo del lugar, día, hora, mes y año del otorgamiento (art. 1535 del Código Civil para el D.F.).

Este testamento podrá ser conservado por el testador, darlo en guarda a persona de su confianza o depositarlo en el archivo judicial (art. 1537 del Código Civil para el D.F.).

Si el testador quisiere depositar su testamento en el Archivo Judicial, se ha estipulado por el Código Civil, para el Distrito Federal en su artículo 1538, que éste debe presentarse ante el encargado del Archivo, quien asentará en el libro de registro la razón del depósito, que deberá ser firmada por el funcionario y el testador, o en su caso por mandatario para tal efecto, el cual deberá anexar copia del poder al testamento, dándole a quien haya entregado el testamento, copia autorizada.

Ernesto Gutiérrez, nos dice que "sobre este tipo de testamento cabe hacer la aclaración que no es posible que lo otorguen en México, personas que sean extranjeras y no sepan el idioma español, o dicho de otra forma, no se puede

otorgar este testamento en idioma extranjero, como sí, puede hacerse en el caso del testamento público abierto, si bien con su traducción. Este tipo de testamento se prohíbe para las personas que no saben o no pueden leer, y de ahí que al extranjero se le pueda situar por analogía en esta misma hipótesis.”<sup>95</sup>

Así también manifiesta Rogina Villegas, que “una vez que el notario tenga conocimiento de que ha muerto el que otorgó un testamento público cerrado, comunicará este hecho al juez y le remitirá el sobre en que se contenga el testamento. El juez citará al notario y a los testigos que hayan intervenido para que den fe de que el sobre se encuentra en las mismas condiciones en que fue entregado por el testador, que no ha sido alterado o abierto y también para que reconozcan sus firmas. Sino fuere posible citar a todos los testigos por estar ausentes o por haber muerto alguno de ellos, la audiencia se llevará a cabo con los testigos presentes y con el notario, y a falta de notario, el juez deberá de recibir información testimonial para que las personas que conozcan las firmas de aquellos que intervinieron como testigos y del notario, declaren si en su concepto esas firmas son auténticas y si las personas mencionadas se encontraban en el lugar y en la fecha en que se refería la constancia que aparezca en la cubierta del testamento cerrado. Después de cumplir estas formalidades y una vez demostrada la autenticidad del sobre, porque no haya sido abierto o en alguna forma violado, el juez lo abrirá y mandará protocolizar el testamento.”<sup>96</sup>

#### TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO

Este tipo de testamento de acuerdo con el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1549-bis, establece que, es aquel que se otorga ante notario público, respecto de un inmueble destinado a vivienda o que vaya a destinarse para tal efecto, por el adquirente en la misma escritura que consigne

<sup>95</sup> GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO, El patrimonio, op. cit., págs. 612 y 613.

<sup>96</sup> ROGINA VILLEGAS, RAFAEL, Derecho civil mexicano, op. cit., pág. 408.

su adquisición, o bien en la que se consigne la regularización de un inmueble que lleven a cabo las autoridades del Distrito Federal o cualquier dependencia o entidad de la Administración Pública Federal.

Este testamento es de nuevo cuño en el derecho mexicano. Constituye un medio ágil y seguro para formalizar la disposición de un bien inmueble para después de la muerte. Este tipo de testamento permite que en las mismas escrituras en que se formalicen las adquisiciones de inmuebles destinados a vivienda cuyo valor no exceda del equivalente a 25 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal elevado al año al momento de la adquisición, o en los casos de regularización de inmuebles que lleven a cabo las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal o del Distrito Federal, los adquirentes designen uno o más legatarios. De esta forma, la disposición de dichos bienes, via testamentaria se da en el momento mismo de la escrituración, garantizando así que el propietario no muera intestado por lo menos respecto de ese bien ya regularizado.

El testador debe instituir en el instrumento a uno o más legatarios. Y con el propósito de que la muerte de uno de varios beneficiarios no frustre el objetivo de la sucesión, se establece el derecho de acrecer entre los legatarios y se faculta al adquirente para señalar legatarios sustitutos. Para el caso de que llegado el tiempo de realizar la protocolización notarial de la adquisición en favor de los legatarios, estos fueran incapaces y no estuvieren sujetos a patria potestad o tutela, en este caso el testador podrá también designar un representante especial que firme el instrumento notarial correspondiente por cuenta de los incapaces.

Para el caso de que en algún momento hubiera pluralidad de adquirentes del inmueble, cada propietario podrá instituir uno o más legatarios respecto de su porción alicuota.

Y si el testador estuviere casado bajo el régimen de sociedad conyugal, su cónyuge podrá designar uno o más legatarios en el mismo instrumento, por lo que se refiere a su porción designada. En este tipo de testamento de manera excepcional no se aplica lo dispuesto por el artículo 1296 del Código Civil para el Distrito Federal en relación a que se estipula en ese artículo que no pueden testar en el mismo acto dos o más personas, ya en provecho recíproco, ya en favor de un tercero.

Con la medida que tiende a la protección de quienes tienen derecho a percibir alimentos, los legatarios recibirán el legado con la obligación de dar alimentos a los acreedores alimentarios, si los hubiere, en la porción que el valor del legado represente en la totalidad del acervo hereditario de los bienes del autor de la sucesión (art. 1549-bis, fracción IV del C.C. para el D.F.).

También es aplicable a este tipo de testamento las disposiciones que estipulan que los legatarios pueden reclamar directamente la entrega del inmueble, sin que les sean aplicables las disposiciones establecidas en los artículos 1713, 1770 y demás relativos del Código Civil para el Distrito Federal.

Finalmente en relación a lo establecido por el ordenamiento legal anteriormente citado, fallecido el autor de la sucesión, la titulación notarial de la adquisición por los legatarios, se hará en los términos del artículo 876-bis del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal. Este testamento se analizará de manera más detallada en el capítulo IV del presente libro toda vez que es el tema central de esta tesis.

## TESTAMENTO OLOGRAFO

“El testamento ológrafo es el manuscrito íntegramente, que firmado por el

autor de la herencia, consta en un documento privado que el testador deposita en el archivo general de notarias en sobre cerrado y firmado.<sup>97</sup>

La exposición de motivos del Código Civil manifiesta que el testamento ológrafo, es el testamento escrito todo de puño y letra del testador, sin intervención de notario, ni de ningún otro funcionario, y sin que el testador esté obligado a observar la enorme cantidad de ritualidades con que la ley rodea a los testamentos, bastando que exprese de una manera clara y terminante su voluntad respecto al destino que quiera dar a sus bienes para después de la muerte.

Para evitar los dos grandes inconvenientes que presenta el testamento ológrafo y que son : la facilidad con que puede falsificarse o lo frecuente que es su destrucción, se dispuso que se hiciera por duplicado, y en cada documento el testador imprimirá su huella digital. El original se depositara en el Archivo General de Notarias, con la nota puesta por el testador y autorizada por el encargado de la oficina de que el respectivo pliego cerrado contiene el testamento. El duplicado debe guardarlo el testador, y también en la cubierta que lo contiene se pondrá la nota utilizada por el encargado de la oficina de que recibió uno de los originales, del cual es reproducción exacta el que contiene el pliego de que se trata (arts. 1553 y 1554 del C. C. Para el D. F.).

Este testamento sólo pueden confeccionarlo los mayores de dieciocho años, y para tener plena validez debe ser escrito totalmente de puño y letra del testador.

La mayoría de edad le da al causante una personalidad más formada y puede evitar influencias en la decisión de su voluntad. Debe contener la

<sup>97</sup> GALINDO GARFIAS, IGNACIO, Et Al. Código civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia federal, comentado, op. cit., pág. 137.



expresión del día, mes y año en que se otorgue.

Las palabras que el testador quiera suprimir o las enmiendas en el texto del testamento ológrafo, deberán ser testadas, y las enmendaduras serán escritas de su puño y letra, salvándolas el propio testador con su firma (art. 1552 del Código Civil para el D. F.).

El testamento debe redactarse por duplicado, el testador imprimirá en cada uno de los ejemplares su huella digital, para evitar en lo posible falsificaciones o alteraciones del mismo. Uno de los ejemplares será presentado por el testador ante el encargado de la oficina y manifestará en presencia de testigos, si es que el encargado no lo conoce, que ese sobre contiene su testamento asentándolo el testador con su puño y letra. El encargado de la oficina expresará el lugar y fecha en que se hace el depósito, nota que será firmada por el testador y el encargado de la oficina.

En el sobre cerrado que contenga el duplicado del testamento ológrafo se pondrá la siguiente constancia extendida por el encargado de la oficina : "Recibí el pliego cerrado que el señor . . . , afirma contiene original su testamento ológrafo, del cual según afirmación del mismo señor, existe dentro de este sobre un duplicado." Posteriormente se colocará lugar y fecha en que se extiende la constancia, la cual será firmada por el encargado de la oficina, el testador y en su caso los testigos (art. 1555 del Código Civil para el D. F.).

El testador tiene en todo momento el derecho de retirar del Archivo General de Notarías el correspondiente testamento ológrafo, esto también lo puede realizar por medio de apoderado especial que nombre para tal efecto, en éste caso se debe de hacer constar el retiro en una carta que deberá de estar firmada por el testador o su mandatario, y el encargado de dicha oficina.

El juez ante el que se promueva el juicio sucesorio, deberá pedir informes al encargado del Archivo General de Notarías , si en su oficina fue depositado algún testamento ológrafo del autor de la sucesión, para que en caso de que exista tal documento, se le remita el mismo. Este tipo de testamento quedará sin efecto cuando el original o el duplicado, en su caso, estuvieren rotos o el sobre que los cubre resultare abierto, o las firmas que los autoricen aparecieran borradas, raspadas o con enmendaduras, aun cuando el contenido del testamento no fuere vicioso (art. 1563 del C. C. Para el D. F.).

Se ha dispuesto que el encargado del archivo General de Notarías sólo proporcionará informes acerca del citado testamento, al mismo testador, a los jueces competentes que oficialmente se lo pidan y a los notarios cuando ante ellos se trámite la sucesión (art. 1564 del C. C. Para el D. F.).

### 3.2.3.2 TESTAMENTOS ESPECIALES

La Segunda clase de los testamentos que enumera el artículo 1499 del Código Civil para el Distrito Federal, son los llamados especiales.

Los testamentos especiales son aquellos que se realizan, atendiendo determinadas circunstancias y sólo en relación a las mismas se permite recurrir a estas formas especiales, no siendo válidos cuando se puede recurrir a una de las formas ordinarias para testar.

Edgard Baqueiro manifiesta que "testamento especial es aquel que se permite solamente en casos de excepción, en casos de apremio en que no es posible el otorgamiento de un testamento ordinario, y cuya eficacia es restringida en cuanto al tiempo. Constituye una forma de facilitar, en condiciones extraordinarias, el otorgamiento de disposiciones para después de la muerte.

Normalmente tiene validez cuando la muerte del testador acaece sin haber podido otorgar un testamento ordinario con todas sus formalidades. Este tipo de testamento puede ser: privado, militar, marítimo, el efectuado en país extranjero.<sup>98</sup>

Analicemos a continuación, cada una de las formas especiales para testar.

### TESTAMENTO PRIVADO

Rojina Villegas, nos dice que "el testamento privado puede ser escrito u oral, en ambos casos es válido; pero para que se acepte la manifestación verbal se requiere que haya una imposibilidad absoluta de que el testador o los testigos redacten por escrito las cláusulas del testamento."<sup>99</sup>

Se permite realizar testamento privado, cuando el testador sea atacado por una enfermedad tan violenta y grave que no dé tiempo para que asista al lugar un notario; o bien no exista éste en la población, o juez que actué por receptoría; cuando aunque existiendo notario o juez en la población, sea imposible o por lo menos difícil, que concurren al otorgamiento del testamento; y cuando los militares o asimilados del ejército entren en campaña o se encuentren prisioneros de guerra (art. 1565 del C. C. Para el D. F.).

El testamento privado se autoriza sólo en los casos en que exista imposibilidad de otorgar testamento ordinario. Para otorgar este testamento se requiere la presencia de cinco testigos, ante los cuales el testador manifieste su voluntad; uno de los testigos deberá redactarlo por escrito, pero puede prescindirse de la forma escrita si ninguno de los testigos sabe escribir y en los casos de suma urgencia en que el número de testigos puede reducirse a tres.

<sup>98</sup> BAQUEIRO ROJAS, EDGARDO. *Derecho de familia y sucesiones*, op. cit., págs. 338 y 339.

<sup>99</sup> ROGINA VILLEGAS, RAFAEL. *Derecho civil mexicano*, op. cit., pág. 409.

La voluntad del testador en donde expresa sus disposiciones para después de la muerte, debe ser clara y no dejar lugar a dudas. Para que tal declaración valga como testamento es requisito indispensable que el autor fallezca de la enfermedad o peligro en que se halle o dentro del mes siguiente de desaparecida la causa que lo autorizó. Este testamento caducará si transcurre un mes entre la fecha del otorgamiento y la muerte del testador, pues se considera un tiempo más que suficiente para poder realizar un testamento ordinario.

Los testigos que participen en un testamento privado deberán declarar circunstancialmente ante el juez de lo familiar:

- I. El lugar, la hora, el día, el mes y el año en que se otorgó el testamento,
- II. Si reconocieron, vieron y oyeron claramente, al testador,
- III. El tenor de la disposición,
- IV. Si el testador estaba en su cabal juicio y libre de cualquier coacción,
- V. El motivo por el que se otorgó el testamento privado,
- VI. Si saben que el testador falleció o no de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba.

Declarando el juez, después de cumplirse estas formalidades, que los dichos de los testigos son el formal testamento de la persona de quien se trate (arts. 1572, 1574 y 1575 del Código Civil para el D. F.).

El testamento privado tiene a su favor el hecho de que una persona lo puede realizar de manera expedita si se encuentra en una situación en la que muy probable que pierda la vida y no pueda también, hacerlo más que en forma verbal; pero un gran inconveniente es que los testigos mueran antes de presentarse a el juez para declarar la última voluntad del testador, o bien, que los testigos se pusieran de acuerdo para desviar la versión de última voluntad del testador, y adecuarla a sus propios intereses.

## TESTAMENTO MILITAR

El Testamento militar se considera especial, en razón de la persona que lo otorga, del lugar y tiempo de otorgamiento. Rafael de Pina nos dice que el testamento militar "es aquel que, con carácter especial, en las circunstancias previstas por el Código Civil, pueden otorgar los militares o asimilados y los prisioneros de guerra."<sup>100</sup>

El Código Civil manifiesta que si el militar, el asimilado del ejército o algún prisionero de guerra, hace su disposición al entrar en acción de guerra o encontrándose herido en el campo de batalla, bastará con que declare su voluntad ante dos testigos, o que entregue a los mismos el pliego cerrado que contenga su última disposición, firmada de su puño y letra (arts. 1579 y 1580 del Código Civil para el D. F.).

Si el testamento se otorgó escrito, el testigo que lo haya recibido deberá entregarlo al superior, quien lo remitirá a la Secretaría de la Defensa Nacional, y esta al juez familiar correspondiente del domicilio del difunto. Pero si sólo se estableció oralmente, los testigos lo harán saber a su superior, quien por oficio lo informará a la Secretaría de la Defensa Nacional; y ésta a su vez lo informará al juez familiar competente.

Para que se declare formalmente el testamento deberá citarse a los testigos como en todo testamento privado. Y de igual forma el testamento sólo tiene validez si el testador fallece antes de que transcurra un mes desde su otorgamiento.

Gutiérrez y González manifiesta que "este testamento reporta serios

<sup>100</sup> DE PINA VARA, RAFAEL, Derecho civil mexicano, op. cit., pág. 349.

peligros, pues queda en el caso de que sea "oral", confiado a la memoria de los dos testigos, los cuales no es muy probable que estando en medio de una batalla, con el miedo natural de caer ellos también heridos, puedan poner mucha atención a lo que les dice el moribundo."<sup>101</sup>

#### TESTAMENTO MARITIMO

El Testamento marítimo se puede otorgar cuando aquel que tenga necesidad de hacerlo se encuentre en alta mar, a bordo de navíos de la marina nacional, sea de guerra o mercante.

Dicho testamento se hará en forma escrita, por duplicado, en presencia de dos testigos y del capitán del navío. Uno de los ejemplares lo conservará el capitán entre los papeles más importantes de la embarcación y el acontecimiento se asentará en el diario de navegación, señalándose fecha y hora del mismo (art. 1586 del C.C. para el D.F.).

A la llegada a un puerto en donde haya agente diplomático, cónsul o vicecónsul mexicanos, el capitán depositará en poder de cualquiera de estos, uno de los ejemplares del testamento fechado y sellado, adhiriendo una copia de la nota respectiva del diario de la embarcación. Y a la llegada a puerto mexicano se entregará el otro ejemplar o ambos a las autoridades portuarias. Exigiendo el capitán de la embarcación oficio de la entrega, que deberá anotar en el diario de la embarcación.

Los agentes cónsules o autoridades que reciban un testamento deberán hacerlo llegar al Ministerio de Relaciones Exteriores, para que los interesados,

<sup>101</sup> GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO, El patrimonio, op. cit., pág. 616.

conocida la muerte del testador, procedan a tramitar su apertura ante autoridad judicial competente (art. 1590 del C. C. Para el D. F.).

El testamento marítimo solamente producirá efectos legales falleciendo el testador en el mar o dentro de un mes, contado desde su desembarque en algún lugar donde, conforme a la ley mexicana o a la extranjera, haya podido ratificar u otorgar de nuevo su última disposición (art. 1591 del Código Civil del D. F.).

#### TESTAMENTO HECHO EN PAIS EXTRANJERO

El testamento otorgado en pais extranjero, producirá efectos en el Distrito Federal cuando haya sido formulado de acuerdo con las leyes del país en que se otorgó (art. 1593 del C.C. para el D. F.).

De acuerdo con el artículo 1594 y 1595 del código al cual hacemos alusión, los secretarios de legación, cónsules, vicecónsules que sean mexicanos, podrán hacer las veces de notarios o de receptores de testamento cuando se encuentren en el extranjero, en los casos en que las disposiciones testamentarias se ejecuten en el Distrito Federal. Dichos funcionarios remitirán copia autorizada de los testamentos que ante ellos se hubieren otorgado, al Ministerio de Relaciones Exteriores, para los efectos del Artículo 1590.

Cuando el testamento que se otorgue en el extranjero por un mexicano sea ológrafo, el funcionario que intervenga en su depósito lo remitirá por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores en el término de diez días al encargado del Archivo General de Notarías (art. 1596 del C.C. para el D. F.).

El código en mención en su artículo 1597, manifiesta que cuando el testamento fuere confiado a la guarda del secretario de legación, cónsul o vicecónsul, este hará mención de esa constancia y dará recibo de la entrega.

El papel en que se extiendan los testamentos otorgados ante agentes diplomáticos o cónsules -establece el código de referencia, en su artículo 1698- llevará el sello de la legación o consulado respectivo.



# **CAPITULO IV**

**EL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO.**

**ANALISIS JURIDICO**

La figura del testamento público simplificado pretende facilitar el otorgamiento de testamentos en la ciudad de México y proporcionar bases firmes y sólidas para la permanencia de los logros ya alcanzados en materia de regularización de la tenencia de la tierra con fines de habitación popular. Tales beneficios, dan a la familias de escasos recursos económicos, mayor seguridad y claridad jurídica en la posesión del suelo urbano.

El testamento público simplificado es un medio ágil y seguro para formalizar la disposición de un bien inmueble para después de la muerte.

#### 4.1 CONCEPTO

El testamento público simplificado es aquel que se otorga ante notario público respecto de un inmueble destinado o que vaya a destinarse a vivienda por el adquirente en la misma escritura que consigna su adquisición o en acto posterior, o en la que consigne la regularización de un inmueble que lleven a cabo las autoridades del Distrito Federal o cualquier dependencia de la Administración Pública Federal.

Lo primero que debemos analizar respecto del testamento público simplificado, es que debe ser realizado ante notario público, pues la venta de inmuebles cuyo valor de avalúo exceda de trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de la operación, debe ser realizada por escritura pública.

El artículo 2345 del Código Civil que se refiere a las donaciones de bienes raíces, manifiesta, que se realizarán bajo las mismas formalidades que se requieren para realizar una compraventa de inmuebles, así que si el objeto de una donación es transmitir un inmueble que cumple con los requisitos establecidos dentro del artículo 1549-Bis se podrá dentro de la misma escritura que contenga la donación realizar el testamento del que se trata en este capítulo.

Así, aquellos bienes inmuebles que no sobrepasen la cantidad que resulte de multiplicar por veinticinco veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal elevado al año, podrán dentro de la misma escritura que consigne su adquisición o en acto posterior, insertar cláusula especial en donde se establezca testamento público simplificado respecto de ese bien, y en cuanto a los inmuebles que sean regularizados por las autoridades del Distrito Federal o cualquier dependencia de la Administración Pública Federal no importara su monto. Lo anterior es muy común en virtud de que el gobierno a través de cualquiera de las dependencias o entidades que le auxilian para el desempeño de sus funciones continuamente realiza campañas en las cuales regulariza predios que están en posesión de familias las cuales no tienen ningún título que ampare que son las legítimas propietarias de los mismos. Pero debemos de tener en cuenta que ese bien inmueble debe estar destinado a vivienda, resultaría favorable que también pudiera realizarse esta operación en bienes inmuebles que se encuentren destinados a comercio, pues cuantas veces un comerciante o propietario de estos inmuebles mueren intestados y la propiedad de los mismos queda en espera que sean adjudicados a quien tenga derecho a

ello a través de la apertura del intestado, trayendo serios problemas jurídicos a familiares o posibles herederos del bien; pero este punto se tratará más adelante en su oportunidad.

Una de las finalidades por la cual fue creada la figura jurídica del testamento público simplificado fue en virtud de que cada vez son más las personas que vienen de provincia con la finalidad de radicar en el Distrito Federal, pensando que aquí encontrarán un trabajo mejor pagado que el que tienen o tenían en sus respectivos pueblos. Esta gente solamente se asienta en el terreno que más les agrada, por lo general en la periferia de la ciudad, y luego exigen del gobierno la regularización de dichos predios. Respecto a estas situaciones el gobierno trata de solucionar dichos problemas regularizando dichos predios.

El testamento público simplificado tiene como finalidad proteger el núcleo familiar, pues en la actualidad existen muchas familias que al momento de morir el titular de ella sin haber otorgado disposición testamentaria alguna, quedan en una situación difícil de afrontar en la cual tienen que realizar una serie de trámites legales los cuales en la mayoría de los casos resultan engorrosos, tardados y muchas veces costosos, lo que muchas familias prefieren evitar, dejando que el inmueble permanezca intestado por tiempo indefinido.

Es importante destacar que la disposición testamentaria a que aquí se hace referencia, se realiza en el momento de la escrituración de transmisión o regularización de un bien inmueble, por lo que se simplifican los trámites necesarios para que una persona que ha adquirido un inmueble pueda disponer de él para después de su muerte.

## 4.2 ELEMENTOS

Recordemos que al analizar los elementos del testamento en general, dijimos que éste es un acto jurídico, unilateral, personalísimo, revocable, libre, solemne, ejecutado por persona capaz, de disposición de bienes y derechos y/o declaración y cumplimiento de deberes para después de la muerte.

Ahora al analizar particularmente al testamento público simplificado, se debe tener en cuenta que esta figura merece una mayor explicación de los elementos que caracterizan al testamento en general, pues si bien es cierto que no son diferentes, si destacan algunos. Ya que lo que se busca con esta figura jurídica es simplificar tramites administrativos para mayor comodidad del testador y, por consiguiente, de los legatarios .

El testamento público simplificado puede ser considerado como:

- 1.- Acto jurídico unilateral.
- 2.- Personal y ejecutado por persona capaz.
- 3.- Solemne.
- 4.- Revocable y libre.
- 5.- Acto jurídico mortis causa.

Ahora expliquemos cada uno de ellos:

### ACTO JURIDICO UNILATERAL.

El testamento es un acto jurídico individual y según el artículo 1296 del Código Civil para el Distrito Federal, es un acto en el que sólo puede hacerse constar la declaración de voluntad de un solo testador y no de varios disponentes. Sin embargo una cosa curiosa sucede con el testamento público

simplificado, y esta es, que expresamente se permite como una excepción a las reglas generales de los testamentos, el poder testar en un mismo acto dos o más personas, y esto se debe a que como se ha hablado de un bien en el que cabe la copropiedad, se debe abrir la posibilidad de que dos o más copropietarios puedan en el mismo instrumento, legar su parte proporcional del inmueble a diferentes personas e inclusive a una sola. Esto quiere decir que pueden existir varios legatarios sobre un mismo bien inmueble. De igual forma se establece que cuando el testador estuviere casado bajo el régimen de sociedad conyugal, su cónyuge podrá instituir uno o más legatarios en el mismo instrumento, por la porción que le corresponda. No aplicándose lo dispuesto por el artículo 1296 del citado ordenamiento.

Aquí se debe tener presente que la posibilidad de que en un mismo instrumento puedan testar dos o más personas no viola la individualidad del disponente, pues aquel que no quiera testar en ese acto es libre de reservarse el derecho a hacerlo, ya que el hecho de que un copropietario inserte cláusula testamentaria, no obliga a que los demás sigan la misma regla.

Ernesto Gutiérrez y González nos dice que "en el acto jurídico unilateral, para que se genere el efecto de Derecho deseado por su autor no se requiere del concurso de dos voluntades sino que es suficiente con una sola, la del autor del acto".<sup>102</sup>

En el instrumento donde se inserte testamento público simplificado, pueden testar dos o más personas cuando exista la posibilidad de que sobre ese inmueble recaiga la copropiedad o el propietario se encuentre casado bajo el régimen de sociedad conyugal, pues pueden disponer de la parte que les corresponda y dichas disposición testamentaria se insertará voluntaria y

<sup>102</sup> Ibidem, pág. 591.

unilateralmente respecto su porción, sin que ello afecte la disposición del otro testador, ni convierte al acto de disposición en bilateral.

#### PERSONAL Y EJECUTADO POR PERSONA CAPAZ.

El testamento nos dice Baqueiro Rojas Edgard, "es un acto personalísimo y no puede ser realizado por interpósita persona, ni por el representante legal de un incapaz; tampoco el mandatario del sujeto capaz puede testar por el representado, ya que el testamento, sea cual fuere la forma que se le dé, debe ser realizado única y personalmente por el testador".<sup>103</sup>

Recordemos que en operaciones jurídicas tales como la compraventa de un bien inmueble, cabe la posibilidad de que ésta se ejecute a través de un representante realizando aquí el mandatario todos los trámites necesarios de escrituración para la adjudicación del inmueble como le haya ordenado el mandante, sin embargo aquí el mandatario no podrá insertar cláusula testamentaria aunque el mandante se lo autorice, pues recordemos que este acto jurídico es personal y sólo puede ser realizado por el legítimo titular del bien, y nunca a través de un apoderado o mandatario.

#### SOLEMNE.

A pesar de que el testamento público simplificado se realiza insertando cláusula respectiva en la misma escritura que consigne la adquisición de un bien inmueble destinado o que vaya a destinarse a vivienda por el adquirente o en la regularización de un inmueble que lleven a cabo las autoridades del Distrito Federal o alguna dependencia de la Administración Pública Federal, dicha operación testamentaria es un acto solemne y así Edgard Baqueiro Rojas, nos

<sup>103</sup> BAQUEIRO ROJAS, EDGARD. Derecho de familia y sucesiones, op. cit., pág. 275.

dice que "como acto llamado a producir sus efectos después de la muerte del autor, el testamento requiere rodearse de seguridades que garanticen la exacta expresión de su voluntad, pues no cabe la posibilidad de aclaraciones o rectificaciones en el momento de su aplicación. Es así que de antiguo se ha exigido una forma estricta que la técnica jurídica considera elemento de existencia, por lo que el testamento es un acto solemne".<sup>104</sup>

#### REVOCABLE Y LIBRE.

El testamento es un acto revocable y libre, por lo tanto no puede el testador celebrar pacto o convenio por el cual renuncie a la facultad que tiene de revocar su disposición, o testar bajo ciertas condiciones y si así lo hiciere ese pacto sería nulo en virtud de que estaría violando expresamente disposiciones del Código Civil.

El hecho de que en el testamento público simplificado puedan testar dos o más personas, no implica que este acto jurídico sea irrevocable, pues en el momento que quieran revocar su disposición, son libres de hacerlo.

Y para fundamentar lo anterior insertemos lo que expresa Edgard Baqueiro Rojas, el dice que el testamento es "un acto jurídico revocable, puesto que el testador es libre de modificar el testamento anterior dejándolo sin efecto, ya sea por un acto expreso, ya porque dicte otra disposición en contrario. La confección de un nuevo testamento tiene por efecto revocar al testamento anterior. El testamento no puede ser resultado de un contrato por el cual el testador se obligue a testar en favor de determinada persona y tampoco renunciar a la facultad de testar o revocar el testamento ya otorgado".<sup>105</sup>

<sup>104</sup> *ibidem*, pág. 333

<sup>105</sup> *ibidem*, pág. 277.



Como ya expresamos el hecho de que el testamento público simplificado se inserte en la misma escritura en la que se consigne su adquisición o en instrumento posterior, no convierte dicha disposición en irrevocable, pues puede ser modificada en el momento que se desee.

#### ACTO JURIDICO MORTIS CAUSA.

El testamento público simplificado es un acto jurídico mortis causa, pues aunque quede estipulada la disposición testamentaria en la escritura de propiedad del inmueble, sólo producirá sus efectos hasta la muerte del testador. Recordemos que el testamento en general es un acto destinado a producir sus efectos después de la muerte del disponente.

A continuación analicemos cada una de las fracciones que integran el artículo 1549-bis, del Código Civil para el Distrito Federal respecto al testamento público simplificado:

I.- La primera de ellas estipula que el precio del inmueble o su valor de avalúo no debe de exceder del equivalente a 25 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal elevado al año, al momento de la adquisición. Y en los casos de regularización de inmuebles que lleven a cabo las autoridades del Distrito federal o cualquier dependencia o entidad de la administración Pública Federal, no importará su monto.

De esta forma lo que se buscó con esta simplificación fue que las familias de escasos recursos económicos se vieran beneficiados con la disposición.

Cuando se habla de los casos de regularización de inmuebles que realicen las entidades de la Administración Pública Federal o autoridades del Distrito Federal, no importa el monto del valor del inmueble para realizar la disposición

testamentaria, y esto se debe precisamente a que en la mayoría de los casos de regularización de los inmuebles, se hacen en predios donde las personas que han vivido en ese lugar por generaciones, su único título que pudieran tener está basado en el tiempo que llevan viviendo a título de dueños en ese lugar.

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

El objeto de esta fracción es que a la muerte del testador pueda haber varios legatarios, sustituyendo unos a otros con la afirmación de que realmente la finalidad del testamento se cumpla, pues lo que se pretende es que el inmueble no quede despropósito de titular, cuando el testador muera, porque de lo contrario si no existiera alguien legalmente que este designado para recibir el inmueble, éste se tendría que transmitir y dejar pasar el plazo necesario para que ese inmueble prescriba a su favor por medio de juicio Intestamentario.

Con el propósito de que la muerte de uno de varios beneficiados no frustre el objetivo del testamento, se establece el derecho de acrecer entre los legatarios y se faculta al adquirente para señalar legatarios sustitutos. Adicionalmente, se faculta al testador para que nombre un representante especial que a su muerte formalice la adquisición en favor de los legatarios si éstos fueran incapaces no sujetos a patria potestad o tutela.

III.- Si hubiere pluralidad de adquirentes del inmueble, cada copropietario, podrá instituir uno o más legatarios respecto de su porción. Cuando el testador estuviere casado bajo el régimen de sociedad conyugal, su cónyuge podrá

instituir uno o más legatarios en el mismo instrumento, por la porción que le corresponda. En los supuestos a que se refiere este artículo no se aplicará lo dispuesto por el artículo 1296 del Código Civil para el Distrito Federal.

Se permite, a manera de excepción a la regla general, el que dos o más personas puedan testar en un mismo instrumento ya en favor de un tercero o en provecho recíproco.

Para el caso de pluralidad de adquirentes se faculta a cada propietario a designar legatarios de su porción alicuota, y consecuentemente exceptúa este supuesto de la prohibición legal para que dos o más personas testen en el mismo acto.

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

Recordemos que los alimentos comprenden: comida, vestido, habitación, así como asistencia en caso de enfermedades. Y por lo que se refiere a los menores, se prevé también su educación.

Así, el testador que realice testamento público simplificado, puede legar su bien inmueble a quien el desee sea o no familiar, pero en la porción que represente dicho bien sobre la totalidad de su acervo hereditario, deberá prever alimentos a sus descendientes menores de edad o imposibilitados para trabajar, a su cónyuge cuando esta carezca de bienes o se encuentre en la imposibilidad física o mental para trabajar, a sus ascendientes, concubina o concubino según sea el caso y hermanos. (arts. 308 y 1368 del Código Civil para el Distrito Federal).

Como una medida que tiende a la protección de quienes tienen el derecho a percibir alimentos, se establece que los legatarios recibirán su legado con la correspondiente obligación de responder al débito alimentario en la porción que el valor del legado represente respecto de la totalidad del acervo hereditario, de esta forma se evita que los legatarios disminuyan la masa del de cujus en perjuicio de los acreedores alimentarios.

V.- Los legatarios podrán reclamar directamente la entrega del inmueble y no le serán aplicables las disposiciones de los artículos 1713, 1770 y demás relativos del Código Civil para el Distrito Federal.

Cuando aquella persona que ha realizado su testamento fallece, se abre la sucesión testamentaria, tramitación que requiere de un albacea para realizar inventario de los bienes que representan el acervo hereditario, impidiendo así que pueda extraerse cosa alguna de la masa hereditaria antes de aprobarse el testamento.

En el testamento público simplificado, los legatarios pueden reclamar directamente la entrega del inmueble, sin esperar a que se realice inventario alguno. Así mismo no será necesario que los legatarios garanticen gastos y cargas generales de la herencia.

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

#### 4.3 FINALIDAD DE SU CREACION

En términos generales este tipo de testamento constituye un importante esfuerzo por adecuar las disposiciones normativas vigentes a la realidad social que impera en México actualmente.

Es mediante este contexto que se pretende responder, con este esquema legal, a una serie de requerimientos que se hacen manifiestos en grandes sectores de la población y que fundamentalmente inciden en el rubro de la seguridad y certeza jurídica de la propiedad inmobiliaria. De igual forma lo que se busca es subsanar algunas importantes deficiencias que nuestra legislación presenta y que resultan anacrónicas o insuficientes para la nueva exigencia de la urbe.

Este tipo de testamento sugiere una nueva serie de importantes modificaciones que facilita el otorgamiento de los mismos.

El testamento público simplificado tiene como finalidad proteger el núcleo familiar, pues en la actualidad existen muchas familias que al momento de morir el titular de la casa habitación sin haber otorgado disposición testamentaria alguna, quedan en una situación difícil de afrontar en la cual tienen que realizar una serie de trámites legales los cuales en la mayoría de los casos resultan engorrosos, tardados y muchas veces costosos, lo que muchas familias prefieren evitar, dejando que el inmueble permanezca intestado por tiempo indefinido.

Con el propósito de simplificar la formalización legal de la adquisición del inmueble objeto del legado, el testamento público simplificado tiene como finalidad facultar a los legatarios para reclamar directamente la entrega del mismo, sin necesidad de que se forme el inventario y sin la obligación de garantizar gastos y cargas generales de la herencia. Así pues, se pretende

simplificar la tramitación testamentaria y su inscripción en el Registro la Propiedad.

#### 4.4 TRAMITACION PROCESAL

Este punto nos lleva a recordar qué debemos entender por juicio sucesorio, y para ello reproducimos lo que el autor Carlos Arellano García, manifiesta: "juicio sucesorio, es el proceso que debe seguirse ante órgano competente, en caso de muerte de una persona, para transmitir los bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte, a quien le correspondan por ley o por voluntad del autor de la herencia".<sup>106</sup>

En atención a lo expuesto, se deben considerar a los juicios sucesorios, como una forma de liquidar el patrimonio de una persona que ha fallecido y dejado disposición testamentaria o de aquella presunta que no habiendo establecido disposición alguna para después de su muerte sea prevista por la ley.

Cuando hay testamento, el juicio sucesorio se llama testamentario, y para el caso de que no exista disposición testamentaria alguna, el juicio se denominará Intestamentario.

El procedimiento para el juicio testamentario, se inicia con escrito del denunciante al que acompaña el testamento del difunto.

Presentada la denuncia ante el juez competente, este radica la misma, y

<sup>106</sup> ARELLANO GARCIA, CARLOS. Procedimientos Civiles Especiales. Editorial Porrúa, S.A. de C. V., México, 1987. págs. 215 y 216.

convoca a los interesados a una junta para dar a conocer el nombre del albacea si fue elegido por el testador o en su caso proceder a elegirlo (artículo 790 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

Si el testamento no es impugnado, ni se objeta la capacidad de los interesados, el juez reconocerá como herederos a los que estén nombrados en las porciones que les correspondan (artículo 797 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal). Todo lo anterior denominado primera sección.

Posteriormente tiene lugar la segunda sección, la cual esta dedicada a los inventarios, sección que tiene como finalidad proteger los bienes del difunto a través de un inventario que realiza el albacea con aprobación del juez, hasta la adjudicación de la herencia.

Acto seguido se da apertura a la tercera sección la cual se encuentra dedicada a la administración de la herencia, de acuerdo con el artículo 787 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Una vez agotados los anteriores trámites, finalmente la cuarta sección dirime lo relativo a la partición de la herencia.

Por lo que se refiere a la sucesión intestamentaria en realidad lo que la distingue de la sucesión en donde existe testamento, se encuentra básicamente en la primera sección, pues aquí el denunciante al promover un intestado deberá demostrar el parentesco o lazo que lo hubiere unido con el autor de la herencia para ser considerado heredero legítimo. Deberá de igual forma indicar y establecer nombres y domicilios de los parientes en línea recta y del cónyuge superviviente y a falta de ellos los parientes colaterales dentro del cuarto grado (artículo 799 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

El juez tendrá por radicada la sucesión y mandará notificar por los medios pertinentes a las personas señaladas como descendientes, ascendientes y cónyuge supérstite y en su defecto parientes colaterales dentro del cuarto grado, para poder identificar sus derechos de la herencia y nombrar albacea.

Posteriormente se pasará a la sección del inventario, de la administración y finalmente la adjudicación de la herencia, claro que con las diferentes modificación que lo diferen del juicio testamentario.

Como vemos el procedimiento para tramitar un juicio testamentario no es nada expedito, además de que puede llegar a ser muy costoso para los herederos.

El procedimiento para poder adjudicar un bien inmueble que estuviere contenido dentro de un Testamento Público Simplificado es verdaderamente sencillo en virtud de que éste se realiza ante la fe de un Notario Público de manera rápida y expedita. Se ha regulado en el artículo 876-Bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

En relación con lo mencionado en el párrafo anterior, se ha dispuesto que los legatarios o sus representantes, para poder tramitar la titulación notarial de la adquisición de un inmueble objeto de este tipo de testamento, deberán concurrir ante Notario Público y exhibir al mismo la copia certificada del acta de defunción del testador así como también el testimonio del testamento público simplificado.

Una vez que los interesados hubieren realizado lo anterior, 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 encuentra tramitándose la titulación notarial de la adquisición de un inmueble, derivada del testamento público



**simplificado, asimismo en esta publicación se deberán incluir los nombres del testador así como de los legatarios, y en su caso su parentesco.**

**Asimismo, el Notario deberá ordenar se expidan y se presenten oficios al Archivo General de Notarías y al Archivo Judicial del Distrito Federal y de sus correspondientes archivos u oficinas similares del último domicilio del autor de la sucesión, con la finalidad de recabar las constancias relativas a la existencia o inexistencia de algún testamento que fuere posterior al que se encuentra en la notaría.**

**Si el testamento que se encuentra en la notaría hubiere sido el último que otorgó el testador, y siempre y cuando no existiere ningún tipo de oposición al mismo, el notario continuará con los trámites.**

**Una vez que se hubiere satisfecho lo mencionado anteriormente y por lo tanto fuere procedente el testamento, el notario deberá de redactar un instrumento en el cual se relacionarán los documentos exhibidos, las constancias proporcionadas por el Archivo General de Notarías y por el Archivo Judicial respectivamente, los demás documentos del caso, y la conformidad expresa de los legatarios en aceptar el legado. El mismo se inscribirá en el Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal.**

**Lo más interesante de todo este procedimiento es que además de la rapidez con la que se puede manejar este trámite, se ha dispuesto la opción para los legatarios de que en el mismo instrumento en que se realice la titulación notarial, éstos podrían a su vez otorgar testamento público simplificado en los mismos términos del artículo 1549-bis del Código Civil para el Distrito Federal.**

Como se puede observar el procedimiento de este testamento ordinario es sencillo y puede ser considerablemente más barato que el procedimiento que se sigue para la tramitación de un juicio testamentario o Intestamentario.

#### 4.5 PROPUESTA

En lo que al ámbito de la figura jurídica del testamento público simplificado se refiere, el proyecto que se transcribirá a continuación sugiere una serie de modificaciones que a mi juicio facilitarán el otorgamiento de testamentos en la ciudad de México, permitiendo que en operaciones que requieren de un mayor tiempo para su realización, puedan ser simplificadas para beneficio de todas aquellas personas que quieran asegurar su patrimonio comercial para después de su muerte.

Ahora bien, el testamento público simplificado se presenta como un medio pronto y expedito para formalizar la disposición de un bien inmueble para después de la muerte, procedimiento que sólo puede ser utilizado para bienes inmuebles destinados a vivienda. Esta limitación debilita la figura testamentaria, pues si la finalidad del testamento público simplificado es proteger a las familias de escasos recursos económicos, para que reciban los beneficios de un proceso ágil y a menor costo en la tramitación testamentaria de su patrimonio inmobiliario, es conveniente abrir un panorama más amplio que los beneficie de una mejor manera. Y esta posibilidad de beneficio se haya en aquellos bienes inmuebles que en muchas ocasiones con muchos sacrificios adquieren las familias para convertirlos en su fuente de trabajo. Pero ¿de qué posibilidad se habla en la adquisición de estos predios?, ésta de traduce en la propuesta de que se permita a los adquirentes de propiedades destinadas a comercio que se encuentren dentro de un valor de avalúo tendiente a proteger a las familias de escasos recursos económicos, designar legatarios en el momento mismo del

acto de expedición del título de propiedad o en acto posterior, otorgándose ante notario.

La propuesta de que pueda realizarse testamento público simplificado, en aquellos inmuebles destinados a comercio siempre y cuando dicho predio no rebase un avalúo específico, conserva la finalidad de creación de esta figura, la cual trata en toda medida de proteger a las familias de escasos recursos económicos que con grandes sacrificios logran hacerse de un patrimonio familiar.

La posibilidad de que al momento de que una persona adquiere un inmueble destinado a comercio, pueda insertar cláusula testamentaria designando a sus legatarios, les brinda a los propietarios de estos bienes una seguridad total de su patrimonio; pues si la adquisición del inmueble considerado su fuente de trabajo, les da una seguridad para su futuro, con mayor razón la inserción de la cláusula testamentaria, que permite designar en ese mismo acto quien o quienes serán los titulares sucesores del inmueble, resultando así un proceso más ágil y económico.

De igual forma si un bien inmueble con fines comerciales es adquirido en copropiedad, cada uno de los copropietarios podrá designar legatarios respecto de su porción que les corresponda, permitiéndose el derecho de acrecer entre los legatarios, facultando así al adquirente para señalar legatarios sustitutos. Y para el caso de que cuando se llevare a cabo la protocolización notarial de la adquisición en favor de los legatarios, éstos fueren incapaces y no estuvieren sujetos a potestad o tutela, el testador también podrá designarles un representante especial que firme el instrumento notarial correspondiente.

Volviendo a la simplificación de los trámites administrativos, es importante mencionar que son varios los trámites que tiene que realizar el titular de un comercio para la apertura de su negocio, situación que desgasta tanto formal

como económicamente, formó. Joles así en muchos casos una idea equivocada en cuanto a la sucesión de la titularidad del inmueble. Pues la mayoría de las veces, las personas no acuden a un notario público para otorgar su última voluntad, por ignorancia y en muchas ocasiones por temor a lo que ese trámite pueda significar en dinero. Piensan que si en la adquisición y la apertura de su negocio, invirtieron gran parte de su patrimonio económico, también deberán hacerlo en la realización de su testamento. Situación totalmente falsa.

El realizar testamento público simplificado al momento de la adquisición de un bien inmueble destinado a comercio, subsana las interrogantes y desconfianza de que sea un trámite costoso, resultando un proceso de menor costo al realizarse el momento mismo del acto de expedición del título de propiedad o en acto posterior.

Se propone que el valor de avalúo sea de 30 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal elevado al año, al momento de la adquisición de bienes inmuebles destinados a comercio; porque si bien es cierto que la finalidad es, proteger a las familias de escasos recursos económicos, también se trata de simplificarles trámites a aquellas personas que adquieren un bien en copropiedad a un precio más elevado, pues la cantidad que resulte de esta operación da la posibilidad de que se pueda adquirir un local en una zona de mayor demanda comercial.

En materia procesal, tampoco se desvía la agilización y simplificación en el trámite sucesorio. En este supuesto para la titulación notarial de los legatarios del testamento público simplificado en bienes destinados a comercio el notario, una vez que los legatarios le hayan exhibido copia certificada del acta de defunción del testador y testimonio del testamento público simplificado, dará a conocer por medio de una publicación en un periódico de los de mayor circulación en la República, la tramitación que se esté realizando ante él, de la adquisición

derivada del testamento, los nombres del testador, y de los legatarios y, en su caso, su parentesco. Se dará continuación normal con los trámites, recabando del Archivo General de Notarías, del Archivo Judicial del Distrito Federal y de archivos en oficinas similares del último domicilio del testador, constancias relativas a la existencia o inexistencia del testamento.

De ser procedente, el notario redactará el instrumento en el que se relacionan los documentos exhibidos, las constancias recabadas por las diferentes instituciones, y demás documentos, así como la conformidad expresa de los legatarios en aceptar el legado. Este documento deberá inscribirse en el Registro Público de la Propiedad.

De igual forma en el documento donde se realice la titulación notarial en favor de los legatarios del inmueble destinado a comercio, podrán otorgar a su vez, su testamento público simplificado.

Para complementar lo anteriormente expresado, se propone la adición del artículo 1549 bis-a) del Código Civil para el Distrito Federal, así como la reforma de la fracción V del artículo 876 bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Pero antes se transcribirá lo que dice el artículo 1549 bis del Código Civil para el Distrito Federal, para una mayor comprensión de la propuesta:

**ART. 1549-Bis.-** Testamento público simplificado es aquel que se otorga ante notario respecto de un inmueble destinado o que vaya a destinarse a vivienda por el adquirente en la misma escritura que consigne su adquisición o en la que se consigne la regularización de un inmueble que lleven a cabo las autoridades del Distrito Federal o cualquier dependencia o entidad de la

administración Pública Federal, o en acto posterior, de conformidad con lo siguiente:

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

II.- El testador instituirá uno o más legatarios con derecho de acrecer, salvo designación de sustitutos. Para el caso de que cuando se llevare a cabo la protocolización notarial de la adquisición en favor de los legatarios, éstos fueren incapaces y no estuvieren sujetos a potestad o tutela, el testador también podrá designarles un representante especial que firme el instrumento notarial correspondiente por cuenta de los incapaces;

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

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

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

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

Se propone la adición del artículo 1549 Bis-a) del Código Civil para el Distrito Federal, el cual quedaría cómo sigue:

ART. 1549 Bis-a).- El testamento público simplificado también podrá otorgarse en el momento mismo del acto de transmisión de propiedad o en acto posterior respecto de un inmueble destinado o que vaya a destinarse a comercio, el cual su valor de avalúo no exceda del equivalente a 30 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal elevado al año. De conformidad con las fracciones II a VI del artículo anterior.

Así mismo, se propone la reforma de la fracción V del Artículo 876 bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; para quedar como sigue:

ART. 876-Bis.- 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 el caso de que el testamento público simplificado presentado sea el último otorgado, el notario podrá continuar con los trámites relativos, siempre que no existiere oposición;

IV.- De ser procedente, el notario redactará el instrumento en el que se relacionarán los documentos exhibidos, las constancias a que se refiere la fracción tercera del presente artículo, 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. Es su caso, se podrá hacer constar la repudiación expresa; y

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



## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** El testamento es un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable y libre, hecho por una persona física capaz de transmitir un bien, ejercitar algún derecho y/o cumplir alguna obligación, para después de su muerte.

**SEGUNDA.-** Nuestra legislación mexicana palpa la imperiosa necesidad de que las personas utilicen la figura jurídica del testamento para poder designar a quienes desean les sean transmitidos sus bienes para después de su muerte. De igual forma se pretende que este procedimiento sea pronto y expedito tanto para la institución como para la adjudicación de la herencia o legado.

**TERCERA.-** El testamento público simplificado viene a subsanar deficiencias permitiendo que en la misma escritura donde se realice la adquisición o adjudicación de un bien inmueble destinado a vivienda se pueda insertar cláusula testamentaria. Pero esta disposición resultaría mas eficaz si se ampliara a la adquisición de aquellos bienes destinados a comercio. Se pretende, con este proyecto, la seguridad jurídica total de aquellas personas que adquieren un bien no importando que este sea destinado a vivienda o tenga fines comerciales.

**CUARTA.-** Es notoria la importancia de la participación del notario público en el otorgamiento del testamento público simplificado.

**QUINTA.-** Es indispensable que en operaciones de adquisición de un bien inmueble donde se inserte cláusula testamentaria, el testador actúe en forma personal, pues recordemos que el testamento es una figura jurídica personalísima que no puede realizarse por interpósita persona.

**SEXTA.-** La limitación del monto del valor de avalúo de aquellas propiedades destinadas a comercio, que al momento de su adjudicación pueda insertarse cláusula testamentaria protege la finalidad de esta figura jurídica, pues lo que se pretende con esta propuesta es beneficiar principalmente a las familias de escasos recursos económicos.

**SEPTIMA.-** La doble operación jurídica acto de adquisición de un inmueble, y acto de disposición mortis causa, proporciona al adquirente y de igual forma al testador, una mayor agilidad en la aseguración de su patrimonio desde el momento de su adquisición.

**OCTAVA.-** La figura jurídica del Testamento Público Simplificado en bienes inmuebles destinados a comercio permite un panorama alentador en la seguridad del patrimonio familiar.

**NOVENA.-** En términos generales el proyecto de inserción del testamento público simplificado en bienes inmuebles destinados a comercio constituye un importante esfuerzo para adecuar las disposiciones normativas vigentes a la realidad social que impera en nuestra ciudad capital. En este contexto, pretende responder, mediante un novedoso esquema legal, a una serie de requerimientos que se hacen manifiestos en grandes sectores de la población del Distrito Federal, y que fundamentalmente inciden en el rubro de la seguridad y certeza jurídicas de la propiedad inmobiliaria.

**DECIMA.-** Se propone, también, que la figura del testamento público simplificado, sea regulada en todo el territorio de la República Mexicana, exhortando así a cada uno de los Estados para que a través de sus respectivas legislaturas contemplen esta propuesta.

# BIBLIOGRAFIA

## DOCTRINA

AGUILAR CARVAJAL, LEOPOLDO, Segundo curso de derecho civil, segunda edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1975, 446 págs.

AGUILAR GUTIÉRREZ, ANTONIO, Instituto de derecho comparado. Panorama del derecho mexicano, UNAM, Publicaciones del instituto del derecho comparado, Dirección general de publicaciones, México, 1965, tomo II, 673 págs.

ARCE Y CERVANTES, JOSE, De las sucesiones, tercera edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1992, 245 págs.

ARELLANO GARCIA, CARLOS, Procedimientos Civiles Especiales, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 1975, 446 págs.

BAÑUELOS SÁNCHEZ, FROILAN, De los contratos y testamentos, formularios y jurisprudencia, cuarta edición, Editorial Orlando Cárdenas, S.A. de C.V. Irapuato, Gto., 1990, 1004 págs.

BAQUEIRO ROJAS, EDGAR, Derecho de familia y sucesiones, Editorial Harla, México, 1990, 493 págs.

BLEIBERG, GERMAN, Historia de España, segunda edición, Ediciones de la Revista de Occidente, Madrid, 1969, tomo III, 1207 págs.

BONNECASE, JULIEN, Elementos de derecho civil, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1985, tomo III, 578 págs.

CASTAN TOBEÑAS, JOSE, Derecho civil español, común y foral, Editorial Reus, Madrid, 1969, tomo VI, Volumen primero, 731 págs.

DE IBARROLA, ANTONIO, Cosas y sucesiones, quinta edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1981, 1090 págs.

DE PINA, VARA, RAFAEL, Elementos de derecho civil mexicano, Bines y sucesiones, décima edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1984, Volumen segundo, 411 págs.

ESQUIVEL OBREGON, T., Apuntes para la historia del derecho en México, segunda edición, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 1984, tomo I, 923 págs.

FLORIS MARGADANT, S. GUILLERMO, El derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea, vigésima edición, Editorial Esfinge, S.A. de C.V., México, 1994, 530 págs.

\_\_\_\_\_, Introducción a la historia del derecho mexicano, octava edición, Editorial Esfinge, S.A. de C.V., México, 1988, 285 págs.

GALINDO GARFIAS, IGNACIO, Et Al, Código Civil para el D.F. en materia común y para toda la república en materia federal, comentado, Libro Tercero de la Sucesiones, segunda edición, Editorial Miguel Angel Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1993, tomo III, 257 págs.

GARCÍA, TRINIDAD, Apuntes de introducción al estudio del derecho, vigesimovena edición, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 1991, 244 págs.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, BENITO, Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español, Editorial Lex Nova S.A., Madrid, 1963, tomo III, 670 págs.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO, El patrimonio, el pecuniario, y el moral o derecho de la personalidad y derecho sucesorio, tercera edición, Editorial Porrúa, S. A. de C.V., México, 1990, 957 págs.

HENRRI Y LEÓN, MAZEAUD, JEAN MAZEAD, Lecciones de derecho civil, parte cuarta, trad. Por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1965, Volumen cuarto, 1986 págs.

LEMUS GARCÍA, RAÚL, Derecho romano personas-bienes -sucesiones, cuarta edición, Editorial Limsa, México, 1979, 309 págs.

MATEOS ALARCON, MANUEL, Estudios sobre el Código Civil del distrito federal, de las sucesiones y testamentos, Tip. y Lit. "La Europea", México, 1900, tomo VI, pág. V., 364 págs.

MUÑOZ LUIS, Derecho civil mexicano, Ediciones Modelo, México, 1971, Tomo II, 650 págs.

ORTIZ URQUIDI, RAÚL, Oaxaca cuna de la codificación iberoamericana, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 1974, 385 págs.

PUIG BRUTAU, JOSÉ, Compendio de derecho civil, derecho de familia, derecho de sucesiones, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1990, volumen cuarto, 247 págs.

RIPERT, GEORGES, JEAN BOULANGER, Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol, sucesiones, primera parte, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1965, tomo X, Volumen primero, 559 págs.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, Compendio de derecho civil, bienes, derechos reales y sucesiones, décima sexta edición, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 1984, tomo II, 383 págs.

\_\_\_\_\_, Derecho civil mexicano. Sucesiones, cuarta edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1976, tomo IV, 657 págs.

URIBE, LUIS F., Sucesiones en el derecho mexicano, Editorial Jus, S.A. de C.V., México, 1962, volumen segundo, 362 págs.

## **LEGISLACION**

Código Civil para el Distrito Federal.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884, edición oficial.

Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870, edición oficial.

Código Civil Español.

## **ECONOGRAFIA**

Enciclopedia universal-ilustrada Europeo-Americana, Editorial Espasa-Calpe, S.A. Madrid, 1988, tomo LXI, 1709 págs.