



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARACÓN**

**ANÁLISIS Y NATURALEZA JURÍDICA DEL
TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A

JORGE GUERRERO GIL

ASESOR: MAESTRO FERNANDO PINEDA NAVARRO.

MÉXICO

2002

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas

Tesis Digitales

Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

*Agradezco a Dios por haberme
mostrado el camino para llegar hasta
este punto de mi vida, porque me dio
entereza para continuar, aunque
cuando me sentía desfallecer, sin
ánimos de seguir; siempre en mi
mente y en mi alma, su halo siempre
me impulsó.*

*Doy gracias a mi patria, a su
pueblo y a la Universidad
Nacional Autónoma de México,
ya que sin la generosa ayuda que
me prestaron no hubiese alcanzado
una de mis metas mas soñadas. . . .
Ser un Licenciado en Derecho.*

*Al ti madre q.e.d. por darme la
vida, enseñarme a amar, a dar mis
primeros pasos, y aunque ausente en
forma material, en espíritu estas
contigo dándome fuerzas para
continuar. Al pesar del tiempo
transcurrido, hoy cumplo mi promesa
hecha en tu lecho de muerte.*

*Cuanta falta me has hecho estos
años, te extraño*

A ti hijo Jorge Jonathan, ya que mi compromiso lo estoy cumpliendo, espero que te sientas orgulloso de mí, y que este peddño que ahora alcanzo sea para tí el impulso para que llegues a ser un gran hombre, un excelente mexicano, un orgulloso profesionista; pero sigue siendo un estupendo hijo.

A ti mi añorado Erick Josué, que tu ausencia ha sido para mí un enorme lastre, del que algún día me desharé (Dios mediante). Estoy seguro que tarde o temprano estarás con tu hermano y conmigo. Siempre te recuerdo. .. Te amo.

Gracias a ti padre por darme la vida y coadyuvar con mi madre para hacer de mí un hombre de bien. Si algún día te ofendí, te pido el mas grande de los perdones, espero entiendas que soy un simple mortal, lleno de imperfecciones y defectos.

Te quiero Papá

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Este trabajo lo dedico muy en especial a ti mi querida y amada Paola, que me has dado lo que pocos seres humanos pueden dar "Amor", a ti que sin tu paciencia, comprensión y ayuda jamás hubiese podido concluir mi carrera.

¡Nunca te vayas, no sería nada su vida sin ti! TE AMO.

A ustedes mis muy apreciados amigos: Martín, Rodolfo, Sergio, Salvador, Simón y José Luis sin su apoyo, ayuda, paciencia, impulso y comprensión no hubiese podido concluir este trabajo.

Tuan afortunado soy de contarlos entre mis amigos; pero mas afortunado soy yo, por considerarme ustedes su amigo.

¡Gracias!

A Usted maestro Pineda, agradezco infinitamente el haberme ctergado un poco de su tiempo como asesor, conciente de la importancia que tiene para mi concluir mi carrera.

A mis primas y primos, a los que quiero como mis hermanos; que pese a la distancia siempre los recuerdo.

En especial a ti Rosa Silvia, que desde pequeño me trataste como una segunda madre y así, siempre lo he sentido. Te agradezco todo lo que hiciste por mi madre, y por mí.

Deseo que algún día nos volvamos a reunir todos.

..... Hugo te dedico en especial este trabajo, pensando en que tu fuiste siempre, el hermano que durante mi niñez y juventud nunca tuve. Y que, pese al tiempo y la distancia siempre estas en mi recuerdo y en muchos de mis pensamientos.

Pero se que materialmente ya no estas aquí, sin embargo seguro estoy seguro que donde te encuentres te sentirás orgulloso de mí.

Va por ti HERMANO.

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

1. ANTECEDENTES DOCTRINALES.

1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	1
1.1.1. DERECHO ROMANO.....	1
1.1.1.1. LEY DE LAS DOCE TABLAS.....	9
1.1.1.2. DERECHO CIVIL ANTIGUO.....	11
1.1.1.3. LA COLATIS COMITIS.....	11
1.1.1.4. TESTAMENTO IN PROCINCTU.....	12
1.1.1.5. TESTAMENTO PER AES ET LIBRAM Y PER AES ET LIBRAM PERFECCIONADO.....	13
1.1.1.6. TESTAMENTO NUNCUPATIVO.....	14
1.1.2. DERECHO PRETORIO.....	14
1.1.2.1. TESTAMENTO NUNCUPATIVO PERFECCIONADO.....	14
1.1.3. EL TESTAMENTO BAJO EL IMPERIO.....	15
1.1.3.1. TESTAMENTO TRIPERTITUM.....	15
1.1.3.2. TESTAMENTO APUD ACTA.....	16
1.1.3.3. TESTAMENTOS ESPECIALES.....	16
1.1.3.4. TESTAMENTI FACTIO ACTIVA.....	17
1.1.3.5. TESTAMENTI FACTIO PASIVA.....	18
1.1.3.6. DEL IUS CAPENDI EX TESTAMENTO.....	19
1.1.3.7. DESIGNACIÓN DE HEREDERO EN EL DERECHO ROMANO....	20
1.1.3.8. ACCIONES A FAVOR DEL HEREDERO FRENTE AL TESTADOR Y A LA PROPIA INSTITUCIÓN DEL TESTAMENTO.....	21
1.1.3.9. BENEFICIOS QUE OTORGA EL DERECHO ROMANO AL HEREDERO.....	22
1.1.3.9.1. EL INVENTARIO.....	22
1.1.3.9.2. SEPARATIO BONORUM.....	23
1.1.3.9.3. LA INSTITUCIÓN DE COHEREDEROS Y EL DERECHO DE ACRECER.....	23
1.1.3.9.4. CONTENIDO DEL TESTAMENTO ROMANO.....	24
1.1.3.9.5. INETREPRETACION DEL TESTAMENTO EN EL DERECHO ROMANO.....	25
1.1.4. EL TESTAMENTO EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	26
1.1.5. EL TESTAMENTO EN EL DERECHO FRANCÉS.....	33

CAPITULO II

2. DERECHO POSITIVO.

ANÁLISIS DEL DERECHO CIVIL EN LAS DIVERSAS ETAPAS DE LA	
2.1.	HISTORIA DE MÉXICO HASTA EL CÓDIGO CIVIL. 37
2.1.1.	GENERALIDADES. 37
2.1.2.	PRIMER CÓDIGO CIVIL EN MÉXICO. 40
2.1.3.	DEL AÑO 1837 HASTA ANTES DEL CÓDIGO CIVIL DE 1870. 41
2.1.4.	REGULACIÓN DE LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA EN LOS CÓDIGOS CIVILES DE 1870 Y 1884. 41
2.1.5.	REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL VIGENTE. 43
2.1.6.	ELEMENTOS DE LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE Y DIVERSOS TIPOS DE SUCESIÓN. 44
2.2	HERENCIA. 48
2.2.1.	CONCEPTO. 48
2.2.2.	TRANSMISIÓN DEL CAUDAL HEREDITARIO: 48
2.3.	EL TESTAMENTO. 49
2.3.1.	DEFINICIÓN LEGAL. 49
2.3.2.	CONTENIDO DEL TESTAMENTO. 50
2.3.3.	NATURALEZA JURÍDICA DEL TESTAMENTO. 51
2.3.4.	CARACTERÍSTICAS DEL TESTAMENTO. 52
2.3.5.	MODOS Y DERECHOS DE ACRECER. 57
2.3.6.	INVALIDEZ, REVOCACIÓN, CADUCIDAD E INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS. 58
2.4.	ESPECIES DE TESTAMENTOS. 63
2.4.1.	TESTAMENTOS NOTARIALES. 64
2.4.2.	TESTAMENTOS NO NOTARIALES. 66
2.4.3.	TESTAMENTOS REGULADOS EN NUESTRO DERECHO VIGENTE. 66
2.4.4.	ORDINARIOS: 67
2.4.5.	ESPECIALES. 69
2.4.6.	LEGADO Y HERENCIA. 71

CAPITULO III

3. EL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO.

3.1. ANTECEDENTES DE LA REFORMA SUFRIDA A LA LEY DEL NOTARIADO, CODIGO CIVIL Y DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL(ENERO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO.....	74
3.2. ANÁLISIS AL ARTÍCULO 1549 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	76
3.2.1. SUJETOS. DEL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO.....	87
3.2.2. OBJETO. DEL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO.....	88
3.2.3. FORMA Y FORMALIDADES DEL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO.....	89
3.3. REVOCACIÓN DEL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO.....	90
3.4. ENTREGA Y ADJUDICACIÓN DEL BIEN LEGADO.....	91
3.5. COMENTARIOS RESPECTO DEL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO...	98
3.6. LEYES E INSTITUCIONES QUE CONTEMPLAN FIGURAS SEMEJANTES AL LEGATARIO. DEL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO.....	100
3.6.1. LEY DEL INFONAVIT.....	100
3.6.2. LEY AGRARIA Y SU REGLAMENTO.....	104
3.6.3. CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE QUERETARO.....	106
CONCLUSIONES.....	111
BIBLIOGRAFIA.....	112

INTRODUCCIÓN.

Desde épocas inmemorables y con el correr de los años, el hombre se ha esforzado por vivir mejor y por tener en sus manos el fruto de su trabajo, es decir, "su patrimonio", mismo que le sirve para llevar una vida tranquila como base del bienestar de su familia. De igual forma ha deseado tener, tanto la seguridad de que a su muerte sus ascendientes, descendientes o familiares queridos; en su caso, no queden desamparados, con la certeza de que el fruto de años de trabajo no se perderá, y al contrario; estar seguro de que las personas designadas por su libre voluntad, disfrutarán de ello. Y es así como surge la institución de la sucesión.

Suponen algunos sociólogos que en las primeras sociedades no pudo existir verdadera sucesión, porque, o no estaba reconocido el derecho de propiedad individual, al menos respecto de los bienes inmuebles, o lo estaba con un carácter temporal y revocable, que hacía que a la muerte del individuo volviera el patrimonio a la colectividad de la cual procedía, es decir, la historia de la sucesión, en sus primeras fases, está ligado a la evolución de la propiedad y de la familia. La individualización cada vez mayor, de la propiedad, va haciendo que perdure ésta aún después de la muerte de la persona individual. Pero a la vez, la sucesión "mortis causa" en sus formas primitivas, va asociada a la

realidad de la familia, a las exigencias de su perdurabilidad y continuación y a las necesidades del culto doméstico.

Así, la sucesión, en los primeros tiempos, se manifiesta con el carácter de necesaria y familiar, y ordinariamente como transmisión del patrimonio indiviso, por ello, la sucesión legítima es cronológicamente anterior a la testamentaria. En los pueblos orientales como Egipto, India y el pueblo Hebreo, no se conocía el testamento, lo único que podía hacer el padre en vida era distribuir su patrimonio entre sus hijos; y el que no tenía descendencia, para dejar sus bienes a un extraño, tenía que recurrir a otra figura como la adopción. En Atenas, la institución de herederos sólo podía existir a falta de hijos, y revestía también la forma de adopción. Los Germanos tampoco conocieron el testamento, porque existía entre ellos la obligación de transmitir los bienes dentro de la familia, y únicamente podían hacer uso de la "adoptio in hereditate", que implicaba una translación solemne de la propiedad que se hacía durante la vida.

El Derecho Romano, ofrece el primer ejemplo de un amplio desarrollo de la sucesión testada, esto es, de la transmisión de sus propiedades vía TESTAMENTO. Hay razones para suponer que en el más antiguo Derecho Romano sólo existió la sucesión legítima (como parecen comprobarlo el orden de llamamientos de la sucesión legal establecido por las XII Tablas y el carácter y significación de

las primitivas formas de testar) y que la sucesión testamentaria fue el producto de una larga evolución. De cualquier modo, es indudable que en el Derecho Romano de los tiempos históricos fue donde la sucesión vía TESTAMENTO adquirió todo su desenvolvimiento e importancia, hasta considerarse la típica sucesión romana, relevando a la sucesión legítima, a una simple forma supletoria (de ahí la frase "successio ab intestato" es decir, la sucesión que se hace por ley a falta del TESTAMENTO). Bien puede decirse que el testamento, con sus caracteres más propios y distintivos, es una institución genuinamente romana.

De este modo, al no tener el hombre certeza de lo que le depara la vida, ó el momento en que tendrá que enfrentarse con la muerte; tuvo la necesidad de buscar la forma para dejar perfectamente determinado quién habría de sucederle en la titularidad de sus bienes, derechos y obligaciones; y es así como se da origen a la institución del testamento.

Con la experiencia que dan los años, se ha comprobado que es el testamento el medio idóneo para que la voluntad del "de cuius" sea expresada y respetada; y de igual forma esa experiencia ha dejado ver que la mayoría de las personas se inclina por el otorgamiento del testamento público abierto, por considerarlo más seguro al ser

asesorado y redactado por un perito en la materia, como es el notario público. Claro está que en ningún momento se trata de restar importancia ó validez a las demás formas jurídicas de otorgar testamento; sin embargo, ha sido tal la preocupación del legislador y del Colegio de Notarios del Distrito Federal que se han dado a la tarea de despertar en la población en general, y aún más, en la de bajos recursos económicos la inquietud de testar en forma clara, sencilla y segura.

Esa es una, entre varias, de las razones de la creación del "testamento público simplificado" como medio para otorgar seguridad jurídica a la población socioeconómicamente desvalida respecto de la transmisión de sus bienes, evitando además trámites sucesorios judiciales engorrosos y de costos elevados, cuyo único resultado ha sido la constante irregularidad de dichos bienes.

Como tema, el testamento público simplificado es interesante, por ser una institución de reciente creación en nuestro sistema jurídico y ofrecer un campo de estudio lo suficientemente amplio para cuestionarlo y proponer modificaciones, adiciones o supresiones, para realizar el fin social que busca cumplir.

En el estudio de este trabajo iniciamos comentando algunos antecedentes históricos de la institución, en el derecho romano, en el francés y en el derecho español.

De manera sucinta analizaremos los diversos tipos de testamentos que regula nuestro Código Civil vigente, así como otras figuras que implican disposiciones sucesorias, y de manera más completa la figura del testamento público simplificado, estudiando características, elementos, y principios para de esta forma concluir si en realidad es un testamento, si es público, y desde luego simplificado; o es otra figura. Por ello, el objetivo será aclarar su naturaleza jurídica, su eficacia o eficiencia en la práctica, desentrañando el hecho de si es o no una figura nueva como se ha manejado, y que tan cierta resulta la aseveración de que sea seguro, sencillo y económico su trámite.

CAPITULO I.

1. ANTECEDENTES DOCTRINALES

1.1. ANTECEDENTES HISTORICOS.

1.1.1. DERECHO ROMANO.

Para enmarcar cualquier campo de estudio, es recomendable empezar por una delimitación conceptual del tema, y en este caso haremos un recorrido desde el Derecho Romano hasta nuestra actual doctrina y legislación, a fin de poder distinguir diferentes conceptos que se han dado a la institución del testamento.

Etimológicamente, proviene del latín TESTAMENTUM, que significa, "el acto de testar". Para juristas como JUSTINIANO y ALFONSO EL SABIO, el vocablo procede de "TESTATIO MENTIS", que se traduce como "EL TESTIMONIO DE LA MENTE". Para otros deriva de "TESTIBUS MENTIO", que tenía el significado de "LA MENCIÓN DE LOS TESTIGOS", por la necesidad de testar frente a éstos. La terminología es imprecisa, puesto que "TESTAMENTUM" no es sólo el acto de testar, sino también el documento en que este acto consta, que también fue llamado "TABULAE".¹

ULPIANO sostenía que: "TESTAMENTUM EST MENTIS NOSTRAE IUSTA CONTESTATIO, IN ID SOLEMNITER FACTA, UT POST MORTEM NOSTRAM VALEAT" esto es, "EL TESTAMENTO ES LA MANIFESTACIÓN LEGÍTIMA DE NUESTRA VOLUNTAD, HECHA SOLEMNEMENTE PARA HACERLA VÁLIDA DESPUÉS DE NUESTRA MUERTE".

Para MODESTINO "TESTAMENTUM EST, VOLUNTATIS NOSTRAE IUSTA SENTENTIA, DE EO QUOD QUIS POST MORTEM SUAM FIERI VULT" que se traduce como "EL TESTAMENTO ES LA MANIFESTACIÓN LEGÍTIMA DE NUESTRA VOLUNTAD DE AQUELLO QUE DESEAMOS SE HAGA DESPUÉS DE NUESTRA MUERTE".²

Ambos conceptos son muy similares, y expresan las ideas de la libertad de la voluntad y sus efectos para después de la muerte, aunque ULPIANO precisa que esa manifestación de voluntad debía hacerse de forma solemne.

En el Código Napoleónico, al conceptuar la institución en cuestión, a diferencia de lo sostenido por los juristas romanos, se comienza por hacer

¹ Diccionario Jurídico Mexicano "Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México." México 1992. UNAM Editorial Porrúa, S.A. Tomo IV (P-Z) pg. 3084 a 3085.

² Bravo Valdez Beatriz y Agustín Bravo González. "Segundo Curso de Derecho Romano" Editorial Pax-México, Febrero 1984. pgs. 239 a 241.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

mención de una de sus características como es, su revocabilidad, al expresar en uno de sus artículos que: "Es un acto revocable por medio del cual el testador dispone, para el tiempo en que ya no exista, de todos sus bienes o de parte de ellos".³

En otras definiciones encontramos diversas características, como la unilateralidad, y su carácter personal y autónomo. En este sentido VALVERDE, opina que el testamento es "un negocio unilateral, personal y autónomo, en el que la voluntad expresada produce efectos hasta después de la muerte del que la emite"⁴

Para BONNECASE "es un acto jurídico solemne cuyo propósito es dar a conocer por parte de su autor, su voluntad para la época que seguirá a su fallecimiento, tanto desde el punto de vista pecuniario como extrapecuniario"⁵

RUGGIERO opina que "es un acto solemne, unilateral, espontáneo, revocable, por el cual una persona determina el destino de su patrimonio para después de su muerte y reglamenta sus relaciones jurídicas para el tiempo en que no viva".⁶

Nuestro Código Civil de 1884 en su artículo 3237 definió al testamento como "el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos".⁷

Los intérpretes modernos, suelen definir el testamento romano como "EL ACTO UNILATERAL, PERSONALÍSIMO, SOLEMNE Y REVOCABLE EN EL QUE SE CONTIENE NECESARIAMENTE LA INSTITUCIÓN DE UNO O VARIOS HEREDEROS, Y PUEDEN ORDENARSE, ADEMÁS, OTRAS DISPOSICIONES PARA QUE TODAS TENGAN EFECTO DESPUÉS DE LA MUERTE DEL TESTADOR".

Haciendo un breve análisis de la anterior definición y respecto de sus características se desprende que:

a) El testamento era un acto, en tanto manifestación de voluntad, hecha con la intención de producir consecuencias de derecho. El acto jurídico es según Bonnecase "una manifestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral, cuyo objeto directo es engendrar (fundado en una regla de derecho o en una institución jurídica), en contra o en favor de una o varias personas, un estado, es

³ De Ibarrola Antonio. "Cosas y Sucesiones" Editorial Porrúa, México, D.F., 1991, pp. 684 y 685

⁴ Valverde, citado por Aguilar Carvajal Leopoldo. "Derecho Civil, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones" Editorial Porrúa, S.A. p.341

⁵ Diccionario Enciclopedia Mexicana. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M. Editorial Porrúa, S.A. México D.F. 1986.

⁶ Aguilar Carvajal Leopoldo. "Derecho Civil, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones" Editorial Porrúa, S.A. p.431.

⁷ Antonio de Ibarrola. "Cosas y Sucesiones." Op.Cit., p.683

decir, una situación jurídica permanente y general, o por el contrario un efecto jurídico limitado que se reduce a la formación, modificación o extinción de una relación de derecho".⁸

b) Era un acto jurídico unilateral, pues bastaba la manifestación de voluntad de una persona, para que se perfeccionara. No existía un vínculo jurídico entre la voluntad del testador con la de otra persona.

c) Era personalísimo, porque el testador no podía emitir su voluntad por intermediario, ni por representante alguno.

d) Era solemne, porque para su existencia y validez habría de otorgarse conforme alguna de las formas previstas por la Ley. En este caso la solemnidad es un elemento de existencia.

e) Revocable, porque hasta la muerte del testador se perfeccionaba y mientras, podía variarse o sencillamente revocarse.

f) Debía contener la institución del heredero.

g) Podía aludir o hacer referencia a otras disposiciones.

En idéntico sentido podemos mencionar a GUILLERMO FLORIS MARGADANT, quien al respecto expresa: "EL TESTAMENTO ROMANO ES UN ACTO SOLEMNE POR EL CUAL UNA PERSONA INSTITUYE A SU HEREDERO O A SUS HEREDEROS. ES UNA MANIFESTACIÓN DE ÚLTIMA VOLUNTAD, ES DECIR, UN ACTO ESENCIALMENTE REVOCABLE; Y SE TRATA DE UN ACTO UNILATERAL."⁹

De la anterior definición se observa que en el Derecho Romano, la institución del heredero, era esencial; mientras que en las más recientes puede resultar irrelevante. En nuestro derecho es válida la disposición testamentaria en la que no se instituya heredero, artículo 1295 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

La institución de uno o más herederos era un elemento indispensable para la configuración del testamento en el Derecho Romano, era: "EL CAPUT ET FUNDAMENTUM TESTAMENTI", esto es, "la cabeza y la base del mismo". Si la institución de heredero faltaba, tenía un defecto jurídico o no era eficaz, por consecuencia, todas las demás disposiciones del testamento romano quedaban igualmente sin eficacia alguna.

⁸ Bonnocasse Julien: "Elementos de Derecho Civil" Tomo J. Editorial Cárdenas editor y distribuidor. Tijuana Baja California 1985, p. 164 Traducción de José María Cajica Jr.

⁹ Floris Margadant Guillermo: "El Derecho Privado Romano. Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea" Editorial Eafinge, S. A. de C.V., Decimo Séptima Edición, México 1991, pp. 459 y 460.

Asimismo, notamos que el heredero antiguo era considerado como el continuador de la personalidad del difunto, pues le sucedía en casi todos sus derechos y deberes. También observamos en el "de cuius," para tener más seguridad de que el heredero aceptaba desinteresadamente, una tendencia a privar al heredero de las ventajas materiales que podría producirle la aceptación de la herencia, repartiendo gran parte de los bienes entre legatarios.

Desde las guerras púnicas, con la internacionalización de Roma comenzó a cambiar este concepto.

Por su parte, la Doctora en Derecho SARA BIALOSTOSKY, sostiene que el testamento romano fue en una época, el negocio más importante de la vida social y jurídica de Roma, tanto en el campo privado como en el público, y lo define como: "EL ACTO SOLEMNE DE ÚLTIMA VOLUNTAD EN EL QUE SE INSTITUYE HEREDERO O HEREDEROS".¹⁰

Nuevamente observamos como la Institución del heredero era la razón de ser del testamento romano, las demás disposiciones que de él emanaban dependían de la aceptación del heredero, las cuales quedaban sin eficacia en caso de que el heredero faltara o rechazara la herencia.

Actualmente ya no se liga la eficacia del testamento a la institución o aceptación del heredero. Aunque éste repudie la herencia, los legados mencionados en el testamento deberán entregarse, así como ejecutarse las demás disposiciones que contenga, el heredero dejó de ser el fundamento de la vía testamentaria, y su función se redujo básicamente a los aspectos patrimoniales, tal y como sucede en la sucesión por legado.

En principio, como ahora, el testamento debía contener la voluntad personal del testador, sin embargo, ante la posibilidad de imponer condiciones suspensivas por las cuales la institución del heredero dependiera de actos de terceros, se creaba una zona de transición entre la validez e invalidez plena. Tales zonas de transición van en contra de la seguridad jurídica, y es por ello que en busca de la misma, el legislador optó por prohibir ciertas condiciones suspensivas en el otorgamiento del testamento.

De igual forma el derecho alemán moderno dispone que la validez de la institución de un heredero no debe depender de un tercero. El derecho mexicano adoptó la misma posición, como se puede apreciar de la lectura de los preceptos 1297, 1346 y 1352 del Código Civil vigente en el Distrito Federal: **Artículo 1297:** "NI LA SUBSISTENCIA DEL NOMBRAMIENTO DEL HEREDERO O DE LOS LEGATARIOS, NI LA DESIGNACIÓN DE LAS CANTIDADES QUE A ELLOS CORRESPONDAN, PUEDEN DEJARSE AL ARBITRIO DE UN TERCERO". **1346.-** LA FALTA EN EL CUMPLIMIENTO DE ALGUNA CONDICIÓN

¹⁰ Bialostosky, Sara. "Panorama del Derecho Romano." Editorial UNAM. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Tercera Edición, México 1990. páginas 147 a 200.

IMPUESTA AL HEREDERO O A LOS LEGATARIOS. NO PERJUDICARÁ A ÉSTOS, SIEMPRE QUE HAYAN EMPLEADO TODOS LOS MEDIOS NECESARIOS PARA CUMPLIR AQUELLA." Y EL 1352.- " SI LA CONDICIÓN ES PURAMENTE POTESTATIVA DE DAR O HACER ALGUNA COSA, Y EL QUE HA SIDO GRAVADO CON ELLA OFRECE CUMPLIRLA, PERO AQUEL A CUYO FAVOR SE ESTABLECIÓ REHUSA ACEPTAR LA COSA O EL HECHO, LA CONDICIÓN SE TIENE POR CUMPLIDA".

"El testamento es una institución sorprendentemente antigua, ya la Ley de las XII tablas nos habla de él. El texto en cuestión, transmitido con algunas variantes por distintos autores, ha sido: "UTI LEGASSIT, SUPER PECUNIA TUTELAVE SUAE REI, ITA IUS ESTO", esto es, "LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS SOBRE EL PECUNIO O LA TUTELA, DEBEN SER OBSERVADAS".¹¹ Aunque la palabra latina para designar al patrimonio era familia, esta disposición sólo habla de pecunia y tutela. Pecunia (del latín "PECUS", ganado menor), se cree que fue un término para designar los bienes menos importantes del patrimonio. En tiempos de las XII Tablas no existía aún una regla como la de "QUE NEMO PRO PARTETESTATUS, PRO PARTE INTESTATUS DESEREDE POTEST", que se traduce como, "NINGUNA SUCESIÓN SERÁ TRANSMITIDA, PARCIALMENTE COMO SUCESIÓN TESTAMENTARIA Y PARCIALMENTE COMO AB INTESTATO", fue unos años más adelante, con la evolución del derecho que esta regla se impuso a la institución."¹²

Otro punto discutido es si la libertad testamentaria era una creación de las XII Tablas o una confirmación del derecho consuetudinario preexistente. Las codificaciones antiguas no creaban "ex novo" muchas instituciones, y las pocas normas que se introdujeron se referían más bien a cuestiones relacionadas con las controversias entre plebeyos y patricios.

Cuestión no menos dudosa era saber si el testador debía escoger al heredero de entre sus próximos parientes. Siglos después, se podía instituir heredero a cualquiera, de ahí la intervención de las autoridades judiciales para defender a los hijos y hermanos del testador contra la injusta preferencia de extraños.

RENE FOIGNET, no se separa mucho de las ideas expresadas, él nos dice que en Roma, como en la mayor parte de los pueblos civilizados, la sucesión "ab intestato" debió preceder al testamento. El testamento - según él - apareció más tarde como una institución anormal que permitía al "Pater Familias" afectar los derechos tradicionales de la familia relativos al patrimonio adquirido en común, por la posibilidad de designar a un extraño como heredero. En un principio el testamento se hacía bajo el control y con la adhesión del pueblo, como una

¹¹ Flora Margadant S Guillermo. "El Derecho Privado Romano, Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea" Editorial Eafinge, S.A. de C.V., Decima Septima Edición, México 1991, pp. 433 a 454.

¹² Bialostokky, Sara Ob. Cn pp. 147 y 148.

verdadera ley. A partir de la Ley de las XII Tablas se reconoció al ciudadano romano la libertad de testar, aún cuando muy limitada. *¹³

Para él, dos principios dominan el régimen de las sucesiones romanas:

1) La superioridad del testamento sobre la sucesión "ab intestato". Desde el día en que se proclamó la libertad para testar por la Ley de las XII Tablas, la disposición de los bienes ocupó el primer lugar entre los hábitos de los romanos.

2) La incompatibilidad de la sucesión intestada y de la sucesión testamentaria. No se podía morir en parte intestado y en parte testado.

Y define al testamento romano como "EL ACTO POR EL CUAL SE INSTITUYE HEREDERO", con base en el rasgo esencial del testamento romano: la institución de heredero. (De ahí la expresión "FUNDAMENTUM TOTIUS TESTAMENTI"; que quería decir "LA CLAVE DE TODO TESTAMENTO"). Como consecuencia lógica, si la institución de heredero era nula o caduca (por premuerte o renuncia del heredero), venía por tierra el testamento. *¹⁴

RODOLFO SHOM, se refiere a la sucesión testamentaria romana, y particularmente respecto del testamento, como un "NEGOCIO JURÍDICO UNILATERAL DE ÚLTIMA VOLUNTAD, CUYO FIN CONSISTE EN LA INSTITUCIÓN DE UN HEREDERO, SU AUTOR PUEDE REVOCARLO MIENTRAS VIVA. SU ACCIÓN SE EXTIENDE A LA TOTALIDAD DE LA HERENCIA". *¹⁵ De esta definición desprendemos, que para él, todo heredero testamentario, aunque sólo se le instituyera en parte, se entendía instituido en principio por su totalidad y adquiría por entero cuando por el mismo testamento no heredaba nadie más, sea porque los otros nombrados la repudiaban en cuyo caso se hacía efectivo su derecho de acrecer, o porque sólo él era instituido.

Asimismo, cualquier testamento posterior implicaba la revocación del anterior. Nadie podía ser heredero a través de dos testamentos, tan sólo el último tenía validez, porque la misión inexcusable de este acto jurídico es disponer de todos los bienes de la herencia, de la sucesión "in universum jus defuncti". *¹⁶

Dentro de los conceptos de nuestro tema, en el Diccionario Jurídico Mexicano, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., la licenciada Ingrid Brena define al testamento como "AQUEL ACTO JURÍDICO, UNILATERAL, PERSONALÍSIMO, REVOCABLE, LIBRE Y FORMAL, POR MEDIO DEL CUAL UNA PERSONA FÍSICA ES CAPAZ DE DISPONER DE SUS

*¹³ Fougnet Renc. "Manual Elemental de Derecho Romano" Editorial Jose Maria Cajica Jr., S.A. México 1956 pp. 209 y 210.

*¹⁴ Fougnet Renc. Ibidem-p. 210.

*¹⁵ Shom Rodolfo (Traducción de Wenceslao Rouse) "Instituciones de Derecho Privado Romano. Historia y Sistemas." Editorial Gráficas Panoramica, S. de R.L. México. 1951. p. 230.

*¹⁶ Shom Rodolfo Ibidem-p. 231.

BIENES Y DERECHOS , Y DECLARA O CUMPLE DEBERES PARA DESPUÉS DE SU MUERTE."¹⁷

En la Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XXV encontramos: "LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA ES AQUELLA EN LA CUAL LA VOCACIÓN SUCESORIA NACE DE LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE, A DIFERENCIA DE LA LEGÍTIMA DONDE LA MISMA EMANA DE LA LEY."¹⁸

Líneas atrás vimos como en principio, en Roma no se admitió la sucesión testamentaria para evitar que ello trastornase económicamente a la familia del causante. Aparece en la Ley de las XII Tablas y desde ese momento el derecho de testar ha sido admitido con mayores o menores limitaciones, según las épocas y los países.

El derecho de disponer voluntariamente de los bienes para después del fallecimiento, tiene como antecedente la facultad de disponer entre vivos, y es evidentemente un atributo de la propiedad, una manera de manifestar la libertad individual, más exteriorizada cuando más se han exaltado los derechos individuales como en la Revolución Francesa.

Este derecho de testar NO debe confundirse con la libertad de testar. La libertad de testar se haya limitada cuando existen herederos forzosos. En nuestro derecho, el artículo 1368 del Código Civil vigente para el Distrito Federal expresa : "EL TESTADOR DEBE DEJAR ALIMENTOS A LAS PERSONAS QUE SE MENCIONAN EN LAS FRACCIONES SIGUIENTES..." Esto es, se limita a los alimentos, sin llegar a la idea del heredero forzoso propiamente dicho.

Actualmente y como sucedía en la Roma antigua, el testamento es el único instrumento mediante el cual se expresa de manera jurídicamente válida la voluntad de disponer de los bienes para después de la muerte. En todo, testamento se puede instituir uno o más herederos o uno o más legatarios, o ambas cosas a la vez.

En principio, podemos afirmar que cuando por testamento se instituye a una persona, sola o con otros herederos, estamos en presencia de una sucesión universal testamentaria, con herederos instituidos a título universal para recibir la generalidad de los bienes del causante y responder por las deudas del mismo. En cambio, cuando por disposición de última voluntad, se designa a una o más personas, no para recibir la universalidad de su patrimonio, sino sólo para que obtenga bienes ciertos y precisos, estamos en presencia de una sucesión a título singular. El testamento puede pues, contener herederos instituidos y/o legatarios.

¹⁷ Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Editado por el propio Instituto. Editorial Porrúa, S.A., México 1993. pp. 3088 y 3089.

¹⁸ Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XXV y XXVI. Editorial Driskill, S.A., Buenos Aires, Argentina 1986. pgs. 178 y 179.

Otra idea general de lo que es "TESTAMENTO, es la siguiente: "declaración que de su última voluntad hace una persona, disponiendo de bienes y de asuntos para después de su muerte. Es el documento en donde consta de forma legal la voluntad del testador." ^{*19}

Las anteriores definiciones y aportaciones son similares y de las mismas destacamos los siguientes elementos característicos de todo testamento:

a) ES UN ACTO JURÍDICO, por las consecuencias de derecho que genera.

b) ES INDIVIDUAL, porque basta la sola voluntad del testador y produce sus efectos desde su muerte, aún sin el consentimiento del heredero. Debe ser OTORGADO POR PERSONA FÍSICA, MAYOR DE DIECISÉIS AÑOS, en pleno ejercicio de sus facultades mentales, sin embargo, pueden testar los dementes en intervalos de lucidez.

c) El testador debe expresar LIBREMENTE SU VOLUNTAD, la simple presunción de influencia por otras personas, produce la ineficacia del mismo.

d) Como ACTO PERSONALÍSIMO, debe ser dispuesto en todos sus elementos por el propio testador. El testador transmite a través del testamento sus bienes y derechos, pero también puede declarar o cumplir deberes para después de su muerte.

e) Es REVOCABLE. En nuestro derecho puede hacerse expresamente, o tácitamente.

f) Es SOLEMNE: debe revestir cualquiera de las formas establecidas por la ley. En nuestro Código Civil encontramos las formas de testar en los numerales 1500 y 1501. En principio, y a reserva de tratarlo más adelante, se hace la distinción entre TESTAMENTOS ORDINARIOS Y TESTAMENTOS ESPECIALES. Y a su vez, como ordinarios se enuncian:

- I. PÚBLICO ABIERTO.
- II. PÚBLICO CERRADO.
- III. PÚBLICO SIMPLIFICADO.
- IV. OLÓGRAFO.

Y como especiales :

- V. PRIVADO.

^{*19} Enciclopedia Jurídica OMEBA, Ibidem, pgs. 178 y 179.

VI. MILITAR.

VII. MARÍTIMO.

VIII. HECHO EN PAÍS EXTRANJERO.

1.1.1.1. LEY DE LAS XII TABLAS.

No obstante la diversidad de opiniones, podemos afirmar que esta ley consagró el derecho de todo ciudadano a disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, y la expresión de su voluntad era respetada. Para evitar el total abandono de los parientes más cercanos del "de cujus", la libertad testamentaria se limitaba a la disposición de una porción de la herencia, pues la otra correspondía a los herederos considerados forzosos por la ley. Esta solución se trasladó a España, la mayoría de los Fueros establecieron que el testador podía disponer de la quinta parte de sus bienes, y las cuatro quintas partes restantes pertenecían a los herederos forzosos. En México prevaleció ese sistema hasta 1884, año en el que el Código Civil adoptó el sistema de la LIBRE TESTAMENTIFICACION.

El Código Civil de 1928 sigue el texto del de 1884. Si bien se reconoce la libertad de testar, la Ley protege los derechos de los acreedores alimentarios del "de cujus" que fueron olvidados en el testamento, quienes pueden solicitar al Juez declare inoficioso el testamento y con ello que de la masa hereditaria se tomen bienes suficientes para cubrir las pensiones alimenticias fijadas por la Ley (artículos 1368 - 1377 de nuestro actual Código Civil y 1295 del de 1884).^{*20}

El derecho hereditario romano, tuvo su fundamento en la Ley de las XII Tabas, se rectificó y completó posteriormente con el Derecho Pretorio y con la Legislación Senatorial y se unificó finalmente en el Derecho Imperial Justiniano. El conjunto de bienes y relaciones jurídicas que configuraban el objeto de la sucesión, se denominaba hereditas, si bien en el Derecho Arcaico la integraban elementos extrapatrimoniales, a partir del derecho clásico comprendía sólo bienes de naturaleza patrimonial.^{*21}

RENE FOIGNET afirma que en un principio no había libertad: "Conforme a la opinión generalmente admitida, en los comienzos de la legislación romana no existió para el Pater Familias la libertad de testar". En esa época, en efecto, el testamento se hacía mediante una Ley Comicial; por lo tanto, era necesaria la adhesión del pueblo. La Ley de las XII Tabas marca la libertad absoluta; puesto que la libertad de testar apareció el día en que el pueblo no tuvo ya en el testamento comicial más que un papel pasivo, de testigo y no de legislador. Esta

^{*20} "Derecho Jurídico Mexicano" Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Tomo IV, Editorial Porrúa, S.A., México 1992, pg.3090.

^{*21} Bialostosky Sara Ob. Cit. pp 147 148.

reforma se expresa en la fórmula "UTI LEGASSIT SUPER PECUNIA TUTELAVE SUAE REI ITA JUS ESTO", que se traduce como: "TODO LO QUE EL PADRE HAYA DISPUESTO A SU FORTUNA Y A LA TUTELA DE SU HIJO, QUE SE OBSERVE COMO SI FUERE LEY."²²

EUGÈNE PETIT opina que solamente por la Ley de las XII Tablas se proclamó el derecho, la libertad de testar, es decir, de instituir directamente y por su propia voluntad un heredero o un legatario. Esta disposición fue célebre en la Jurisprudencia Romana, pues era el triunfo de un principio nuevo e importante. Existían casos en los cuales no era posible observar todas las formalidades que exigía el testamento clásico. Estas formas extraordinarias de los testamentos eran, aparte de la del "TESTAMENTO MILITAR", el testamento "TEMPORE PESTIS CONDITUM", (TESTAMENTO HECHO EN TIEMPO DE PESTE), en que no era necesaria la concurrencia simultánea de los testigos al otorgamiento del acto, el "RURI CONDITUM", (HECHO EN EL CAMPO), llamado así por razón del lugar en el que se otorgaba y en el cual bastaban cinco testigos; y el testamento "PARENTUM INTER LIBEROS", para el cual era bastante el testamento ológrafo, con nombres de herederos propios, porciones hereditarias designadas con letras y fecha del acto. Todos estos testamentos se llamaban privados, para diferenciarlos de los públicos presentados al príncipe o registrados ante una autoridad con jurisdicción civil, como es el caso del "testamentum principi oblatum", que se depositaba en poder del emperador para ser guardado en el archivo del palacio.

Había otro testamento llamado de los "PIAE COUSA", otorgado a favor de la iglesia, en el cual no se exigía forma alguna para su redacción u otorgamiento y fuera ésta cuál fuera, siempre era válida. En algunos casos la facultad de testar era negada a título de pena, como a los autores de libelos infamatorios, apóstatas y ciertas categorías de herejes.

En el Derecho de la antigua Roma, los sordos y mudos padecían incapacidad absoluta, pero poco tiempo después los sordos podían testar con tal de que declararan su voluntad de viva voz o por escrito, y los mudos podían hacerlo con tal de que supieran escribir. Como regla general se hallaban incapacitados de obrar por "TESTAMENTI FACTIO", todos los que se encuentran en imposibilidad material de manifestar su voluntad.²³

DIVERSOS TESTAMENTOS QUE RIGIERON LA VIDA DE ROMA.

Las diferentes formas de testar en el Derecho Romano se distinguieron en tres periodos:

- a) Según el Derecho Civil antiguo.

²² Foignot René Ob. Cit. pp. 224 a 225.

²³ Petit Eugene. "Tratado Elemental de Derecho Romano." Editorial Porrúa, S.A. Decima Edición. México 1993. pgs. 519 y 520.

- b) Según el Derecho Pretorio.
- c) Según el Derecho del Bajo Imperio. (Constituciones Imperiales).

1.1.1.2. EL DERECHO CIVIL ANTIGUO.

1.1.1.3. LA INSTITUCIÓN DE LA "COLATIS COMITIS".

En este período el testamento se hacía de una forma singular, conocida como "**COLATIS COMITIS**". Este era el testamento de los Patricios. Se hacía ante los Comicios por Curias convocados al efecto y en presencia de los Pontífices. Sólo podía ser hecho en Roma (que era el lugar de reunión de los Comicios) y dos veces por año. El Pater Familias que no hacía su testamento en esas dos ocasiones anuales, corría el riesgo de morir intestado, situación que era considerada como desprestijiosa e infamante para quien la sufría y para sus descendientes.

Respecto a las formas más antiguas del testamento romano se señala al que ahora nos ocupa, que como ya se mencionó sólo podía hacerse dos veces al año o al iniciarse una batalla. Las fechas exactas para hacer este tipo de testamento eran el veinticuatro de marzo y veinticuatro de mayo, y como su nombre lo indica, tenía lugar ante el pueblo reunido en Comicios Curiados. *²⁴

1.1.1.4. TESTAMENTO IN PROCINCTU.

Había una segunda forma de otorgar testamento: el "**TESTAMENTO IN PROCINCTU**", que se hacía por una declaración en alta voz ante el ejército. Sólo se practicaba en tiempo de guerra y podía ser hecho en cualquier lugar; por sus características, no era del todo práctico y es por ello que viene después un tercer género de testamento que se denominó "**PER AES ET LIBRAM**", por el cobre y la balanza. Aquél que no había hecho testamento en alguna de las formas prescritas, y sentía cerca su muerte, llamaba a un amigo y le mancipaba su patrimonio en presencia del portabalanza y de cinco testigos, rogándole que cumpliera con sus disposiciones para cuando muriera. El adquirente del patrimonio era denominado el "**FAMILIA EMPTOR**" (comprador de los bienes), que ocupaba el lugar de un heredero. **ESTA FORMA DE TESTAR NO PODÍA USARSE CON EL HIJO**, por no ser posible entre éste y el padre la mancipatio, y parece que el testador no tenía medio jurídico de revocarlo. Se deduce que surge este tipo de testamento porque los Romanos buscaron otra forma testamentaria,

*²⁴ Bialostoksky Sara. Ob. Cit. pp. 206.

que se pudiera utilizar en cualquier momento, y así se introdujo el testamento "MANCIPATORIO", o el testamento en forma de contrato. En este caso, el testador celebraba una compraventa ficticia con el "FAMILIA EMPTOR" (comprador del patrimonio), con testigos, libripens, balanza, etc.; es decir, en forma de una mancipatio.

Este testamento "Mancipatorio" tenía la ventaja de poder hacerse en cualquier momento, sin embargo, tenía inconvenientes como:

- a) Ser irrevocable. Como acto bilateral, no podía anularse por la voluntad unilateral de una de las partes.
- b) Ir acompañado de amplia publicidad. Situación que obviamente no era muy propia para la concepción del testamento como acto personalísimo y secreto.

GUILLERMO FLORIS MARGADANT, considera que en materia testamentaria, siempre se observa una notable tendencia al formalismo, y lo explica por la necesidad de que la última voluntad manifestada en el testamento, sea ponderada, y no expresión de un impulso pasajero. El formalismo en la materia testamentaria se acentuó más en la fase preclásica. Paralelamente a la reducción del formalismo testamentario, se observa desde el fin de la fase preclásica, la tendencia a interpretar más bien la voluntad del testador que el texto del propio testamento, la intención que este contenía regula su encause. El testamento Romano, según MARGADANT, nació tal vez como una ley especial, pasó por la fase del contrato y llegó al concepto moderno de la declaración unilateral de última voluntad.^{*25}

Poco a poco cambió la práctica de este testamento - contrato. El "emptor familiae" se convirtió en un albacea. Recibía cerradas las "tabulae" firmadas por testigos. Las tablas indicaban quien sería el heredero y quienes los legatarios, y contenían otras disposiciones más sobre manumisiones, tutelas o curatelas. La mancipatio que acompañaba la entrega de las tablas, se hizo con tales cláusulas que el "emptor familiae" no recibía la propiedad quiritaria de los bienes del testador - vendedor, sino que figuraba como mandatario - depositario, de modo que, en caso de mala fe por el "emptor", los herederos tenían una acción real para recuperar los bienes indebidamente vendidos por él. Así se introdujeron dos nuevos elementos en la práctica testamentaria:

- a) La discreción, y
- b) La idea de que el testamento es una declaración unilateral de la voluntad.^{*25}

* 25 Guillermo Floris Margadant S. Op. Cit p. 460

1.1.1.5. TESTAMENTO PER AES ET LIBRAM Y PER AES ET LIBRAM PERFECCIONADO.

Paulatinamente, se introdujeron nuevas prácticas: el "familia emptor" no devenía propietario de los bienes sino sólo depositario -mandatario-, los testigos no leían las "tabulae" (era secreto), y para superar estos inconvenientes se crea una cuarta forma de testar que es el "TESTAMENTUM PER AES ET LIBRAM PERFECCIONADO". Podríamos decir, que éste es ya un verdadero testamento, pues las ceremonias de la balanza y el metal se consideraban como solemnidades del acto que perseguía la institución de un heres. En este caso, el "familia emptor" está encargado de entregar la sucesión al verdadero heredero. Desde entonces, - afirma MARGADANT - ese testamento comprendía dos operaciones distintas: a) La mancipatio, mediante la cual el testador vendía su patrimonio al "familiae emptor", declarando éste que la operación se llevaba a cabo no para que se le transfirieran los bienes del testador a título de propietario, sino, para presentarse a la confección del testamento, obligándose a entregarlo a los verdaderos herederos, (lo que actualmente conocemos como albacea) y b) La nuncupatio o declaración del testador, ordenando sus disposiciones y designando heredero. El testador podía expresar oralmente su última voluntad, ante el "libripens" y cinco testigos, o manifestar que estaba contenida por escrito en los llamados "tabulae, codex testamenti". etc., en el que ponían sus sellos y nombres los testigos y, generalmente, también el "libripens" y el "familia emptor".²⁷

Respecto a esta forma de testar, BEATRIZ Y AGUSTÍN BRAVO, opinan que lo característico es que las disposiciones del testador se redactaban en un escrito ("TABULAE TESTAMENTI") que por sí mismo no tiene valor alguno, pero que lo adquirirá mediante una mancipación y una "testamenti nuncupatio" (declaración testamentaria). La mancipación se hace según la forma establecida, pero el papel del "Familiae Emptor" en lugar de pertenecer como antes al heredero, pertenece a un tercero, que es una persona de confianza encargada de entregar la sucesión al verdadero heredero; la mancipación no interviene más que por la forma, por imitación del derecho antiguo: el "Familiae Emptor" adquiere el patrimonio como depósito y para prestarse a la confección del testamento.³¹

En cuanto a la "testamenti nuncupatio", ésta es una fórmula solemne por la cual el testador, teniendo en la mano el escrito que ha preparado, declara en presencia del "Familiae Emptor", del "libripens" (portabalanza) y de los cinco testigos, que ahí está contenida su última voluntad: "TAL COMO ESTÁ ESCRITO EN ESTAS TABLAS Y EN ÉSTA CERA. ASÍ DOY, ASÍ LEGO, ASÍ TESTO Y ASÍ PUES DAD VOSOTROS QUIRITES TESTIMONIO." El escrito permanece en manos del testador, de manera que sus disposiciones quedan en absoluto

²⁶ Flora Margadant Guillermo S. Ibid. p. 462.

²⁷ Bravo Valdez Beatriz y Agustín Bravo González, Op. Cit. pgs. 248a 249

secreto. Tanto la mancipatio como la "TESTAMENTI NUNCUPATIO" debían hacerse en el mismo acto (UNO CONTEXTU).

1.1.1.1.6. TESTAMENTO NUNCUPATIVO.

Finalmente, hay una quinta forma de testamento: "NUNCUPATIVO", el cual se hacía mediante una declaración oral en presencia de siete testigos, con el defecto de ofrecer menos garantía por no constar de manera escrita.

1.1.2.DERECHO PRETORIO.

1.1.2.1. TESTAMENTO NUNUNCUPATIVO PERFECCIONADO.

Como se ha podido observar, la mancipación es poco seria, el "Familia Emptor" y el "libripens" no eran sino dos testigos, la "testamenti nuncupatio" era inútil como solemnidad y toda la fuerza del testamento resultaba de la voluntad escrita del testador y del testimonio de las personas presentes en el acto. Con el tiempo, y como una forma de atemperar el exceso rigorista del "ius civile", surge el pretor, quien en la materia que nos ocupa tuvo por válido a todo testamento hecho en presencia de siete testigos que hubieran puesto su sello y escrito su nombre en el acta respectiva. El inconveniente era que no constituía un verdadero heredero según el Derecho Civil, sin embargo, el instituido podía pedir la "Bonorum Possessio, SECUNDUM TABULAS", posesión que más tarde se le dio "CUM RE" (con efecto), y con ello se le daba casi las mismas ventajas que al heredero del Derecho Civil. En este tipo de testamento, el Pretor concedía la "BONORUM POSSESSIO" a las personas indicadas en la "TABULAE" firmadas por el testador y siete testigos.²⁸

Perfeccionóse el Derecho Civil, adquirió validez la simple "adición" exenta de formas, admitiéndose respecto del heredero instituido en testamento "sine creatione" una válida repudiación de la herencia. Al reconocerse eficacia a la desheredación del "sui heres", se borra de la conciencia jurídica la norma que asignaba a este heredero la posesión de la herencia "ipso iure", desapareciendo también la idea de que la "aditio hereditatis", confiriase la posesión de la herencia y que su adquisición, tratándose de herederos extraños, se realizase al entrar en posesión de los bienes hereditarios. De ahí que en el derecho clásico existiesen dos sistemas hereditarios: a) POR EL DERECHO CIVIL, la hereditas, y b) POR EL DERECHO PRETORIO la "bonorum possessio".

²⁸ Bravo Valdez Bestuz y Agustín Bravo González. Ibidem, 250.

1.1.3. EL TESTAMENTO EN EL BAJO IMPERIO.

1.1.3.1. TESTAMENTO TRIPERTITUM.

En esta época se conservó el testamento NUNCUPATIVO. Tiempo después surgió un testamento escrito llamado "TRIPERTITUM", derivado de tres diferentes fuentes: a) EL DERECHO CIVIL. b) EL DERECHO PRETORIO, y c) LAS CONSTITUCIONES IMPERIALES.

Sus reglas eran:

- 1) Hecho en un contextu (en un sólo acto)
- 2) Ante la presencia de siete testigos que pusieran su sello y nombre.
- 3) Estos testigos debían haber sido convocados con el fin de figurar en el testamento.
- 4) Debía llevar interiormente la firma (subscriptio), del testador y de cada uno de los testigos que intervenían en el acto, (formalidad introducida por Teodosio el joven).

En términos generales se componía de tres partes:

- a) TEXTO.
- b) "SUBSCRIPTIO" (firma de los siete testigos), y
- c) LOS SELLOS de los testigos, afuera, sobre el testamento, que iba cerrado y plegado.

Debía hacerse en un sólo acto. Sin embargo, era lícito dejar abierta la institución del heredero, para plasmarlo en otro documento posterior. En la edad media a esta manera se le conoció como "TESTAMENTUM MYSTICUM". (TESTAMENTO MÍSTICO).

Al analizar este testamento "TRIPERTITUM", se ve que ofrece gran analogía de forma con nuestro testamento ológrafo actual. Así como éste, encontramos en el Derecho Romano los antecedentes de nuestras demás formas actuales de testar. Justiniano decidió que el ciego pudiese testar dictando su voluntad en presencia de siete testigos ante un Tabularius (que poco tiempo después haría el papel del Notario de nuestra época). Otro ejemplo lo encontramos en la Novela 107, donde Justiniano prevé el caso del ascendiente que testaba únicamente para regular entre sus descendientes la distribución de sus bienes, permitiendo hacerlo en acto escrito por sus propias manos, fechado y

signado, y ello nos da la idea de nuestro testamento ológrafo, regulado en el artículo 1550 del Código Civil vigente en el Distrito Federal.*²⁹

1.1.3.2. TESTAMENTO APUD ACTA.

Más adelante, bajo el Imperio de Honorio Y Teodosio, aparece el testamento "APUD ACTA": se da ante el juez o autoridad municipal; y el testamento "PRINCIPIOBLATUM", que se depositaba en el archivo imperial.

A partir de Julio César, se acostumbró conceder determinadas ventajas a los militares en materia testamentaria, la voluntad del soldado era válida como quiera que se manifestara. Este privilegio era temporal, en la época clásica duraba mientras estaba en servicio; Justiniano lo limitó al tiempo de campaña. Este testamento sólo duraba un año después del licenciamiento.

1.1.3.3 TESTAMENTOS ESPECIALES.

En este período encontramos diversos TESTAMENTOS ESPECIALES como:

a) EL TESTAMENTO DEL CIEGO. Requería, además de los siete testigos, la intervención de un TABULARIUS.

b) EL TESTAMENTO DEL ANALFABETA. Precisaba de un octavo testigo.

c) EL TESTAMENTO HECHO EN TIEMPO DE PESTE, para el cual se dispensaba la simultaneidad de los testigos.

d) EL TESTAMENTO "RURI CONDITUM". Para el que eran suficientes cinco testigos.

e) EL TESTAMENTO ESCRITO Y OLÓGRAFO DEL PADRE EN FAVOR DE LOS HIJOS, el cual no necesitaba testigos.

f) EL TESTAMENTO MILITAR. En éste se derogan muchos de los principios que regían la sucesión testamentaria ordinaria. No regía para ellos la incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la intestada.

Justiniano restringió la libertad de testar a los militares, concediendo este derecho únicamente a los que estaban en campaña.

*29 Bravo Valdez Boarín y Bravo González Agustín. Ibid. pp. 251 y 252

g) EL TESTAMENTO DE UN CAUTIVO (ESCLAVO).- El esclavo no tiene derecho de testar, pero el cautivo es un esclavo que está en una situación especial. Para demostrar la influencia que este derecho puede tener sobre su testamento, hay que distinguir según se haya testado estando cautivo o antes de su cautiverio.

1.- El testamento que el cautivo haya hecho durante su cautiverio es **NULO**, aún escapándose y volviendo a su hogar.

2.- El testamento hecho antes del cautiverio es válido. Pero, ¿qué sucede si el testador vuelve o muere cautivo?

a) Si vuelve, se considera que nunca perdió el derecho de testar, y el testamento regularmente hecho conserva toda su fuerza,

b) Si muere en manos del enemigo, el testamento queda nulo, puesto, que el testador muerto esclavo no puede dejar sucesión testamentaria. Con el tiempo se atemperó este rigor, la Ley Cornelia establecía que el testamento fuese válido, como si el testador no hubiese estado jamás cautivo y el testamento se declaraba válido.

1.1.3.4. TESTAMENTI FACTIO ACTIVA.

La "testamenti factio activa" consistía en la posibilidad de instituir heredero. La institución o designación por testamento constituía la parte esencial del mismo, y ello se expresaba con la siguiente frase: "CAPUT ET FUNDAMENTUM TOTIUS TESTAMENTI". Si la institución era nula, por consecuencia caía todo el testamento, por ello la importancia de precisar las condiciones de validez.

Por lo que se refiere a las formas de instituir heredero, en el antiguo derecho y durante la época clásica, la institución debía hacerse en términos solemnes, de otra manera era nula. Los términos usados eran imperativos. La institución de heredero debía ser colocada al inicio del propio testamento (en el Bajo Imperio desaparecieron estos principios). En el año 339, una Constitución estableció que se podía instituir heredero en cualquier término; en cuanto al lugar de la institución en el testamento, bajo Justiniano no tuvo ninguna influencia sobre la validez del mismo, y el formalismo, en cuanto al empleo del latín, desapareció en el año de 439.

La institución de heredero sólo era válida si el instituido era capaz; debía tenerse la " testamenti factio " para ser testador, y la " aptitus legal " para ser elegido como heredero. Para tener esta capacidad era necesario poseer el " IUS COMMERCIIUM ", por tratarse de una adquisición regulada por el derecho civil, de cuya adquisición estaban privados los peregrinos y los condenados, los cuales habían perdido el derecho de ciudadanía.

Sólo el "PATER FAMILIAS", ciudadano romano, titular del patrimonio, plenamente capaz de obrar, era quien gozaba de la "TESTAMENTI FACTIO ACTIVA". La transmisión del patrimonio por testamento era de derecho natural, como la propiedad; pero en Roma se regulaba por el Derecho Civil, pues no sólo afectaba derechos privados, sino también públicos; esta es la razón del porqué PAPINIANO sostuvo: "TESTAMENTI FACTIO NON PRIVATI SED PUBLICI IURIS EST"; que se traduce como "LA CONFECCIÓN DEL TESTAMENTO NO PERTENECE AL DERECHO PRIVADO, SINO AL PÚBLICO".

La mujer "Sui iuris" (independiente), en un principio sólo podía testar con la autorización de su tutor; esto desaparece al terminar la tutela perpetua de las mujeres.

Por lo que toca al menor, el loco, y el pródigo, no tenían la "testamenti factio activa", carecían de la facultad para testar. El sordo y el mudo en su caso, podían hacer testamento con permiso del príncipe. Los rehenes no podían testar salvo con permiso expreso.

El esclavo no tenía ninguna capacidad en Derecho Civil. Pero el interés del amo hizo pensar que el esclavo podía ser un instrumento de adquisición en beneficio suyo. Tenía entonces una capacidad prestada, la de su amo. Por ello, no se podría instituir a un esclavo sin amo. Se podía, de igual forma, instituir al esclavo que formaban parte de una herencia yacente, es decir, sin estar aún aceptada, con tal de que se tuviera la "TESTAMENTI FACTIO" con el difunto, porque la herencia mantenía la persona del difunto, y el esclavo podía, de esta manera, pedir prestada la capacidad del amo como si viviese todavía, en cuyo caso no había por qué preocuparse de la persona del futuro heredero. Un testador podía instituir de esta manera a su propio esclavo, pero con la condición de dejarle al mismo tiempo en libertad, de manera que este esclavo en virtud del testamento llegaba a ser manumitido, y por tanto, sería ciudadano capaz de recoger él mismo la sucesión. En ese caso, él estaría impuesto, es decir, fungiría como heredero necesario.

1.1.3.5. TESTAMENTI FACTIO PASIVA.

Es y era, la idoneidad para ser válidamente instituido heredero o legatario en un testamento. Esta idoneidad va implícita en la capacidad de Derecho Civil; sólo se exige que el instituido heredero exista o cuando menos esté ya concebido cuando muera el testador.

A los esclavos propios podía instituirseles mediante la concesión de la libertad. A los ajenos podía instituirseles, aunque se necesitaba la autorización de su amo. Para que la institución del heredero sea válida, se exigía la "testamenti factio pasiva" en tres épocas diferentes:

- a) En el momento de la confección del testamento.
- b) Al momento de la delación de la sucesión. La institución no surtía efectos si al momento en que debía hacerlo, el instituido era incapaz.
- c) En el momento en que el instituido aceptaba o rehusaba la sucesión.

En la confección del testamento y la delación de la sucesión, la pérdida de la "testamenti factio pasiva"; no dañaba al heredero, con tal de que la recobrara en el momento de la delación y no la perdiera. En el antiguo derecho romano fue conocida y respetada la frase que rezaba: "HEREDES INSTITUI POSSUNT, QUI TESTAMENTI FACTIIONEM CUM TESTATORE HABENT", que se traduce: "PUEDEN SER INSTITUIDOS HEREDEROS LAS PERSONAS QUE TIENEN LA RELACIÓN TESTAMENTARIA CON EL TESTADOR"

1.1.3.6. DEL IUS CAPIENDI EX TESTAMENTO.

Sin dejar a un lado el tema anterior, sino más bien para complementarlo diremos que había ciertas personas privadas de la "capiendi ex testamento", que aunque tuviesen la "testamenti factio" y fuesen capaces de ser instituidas válidamente, no podían recoger lo que les había sido dejado.

Esta incapacidad era propia de los latino junianos y alcanzaba a los célibes según la Ley Junia, y a los orbi o personas casadas sin tener hijos legítimos, según la Ley "Papía Poppaea", pero solamente por la mitad de la parte de sucesión que les era dejada. El fin del legislador al privar a estas personas del "ius capiendi", era obligarles a adquirir la cualidad que les faltaba. Eran capaces de recibir la sucesión cuando habían obedecido a la ley dentro de cierto plazo (100 días) después de la muerte del testador; o si la institución era condicional, desde la realización de la condición. Cuando el incapaz no había adquirido en este plazo el "ius capiendi", su institución quedaba nula, y no habiendo otros instituidos capaces, el testamento caía por entero. Si el incapaz no adquiría el "ius capiendi ex testamento", su institución quedaba nula y caía el testamento. Tampoco podía recoger la sucesión el heredero en caso de "indignitas vileza", cuando había cometido un acto que iba en contra del de cuius, o lo había ofendido gravemente.

En el Derecho Clásico, la institución de heredero debía hacerse en términos imperativos (cuando el testamento constituía una verdadera ley), de otra manera la institución era nula. Las formas empleadas para hacer la designación eran:

- a) "TITUS HERES ESTO" (que Ticio sea heredero).

- b) "TITIVM HEREDEM ESSE IUBEQ" (ordeno que Ticio sea heredero).
- c) "TITIUS HERES SIT" (sé heredero Ticio).

Estas formas no persistieron. En el año de 339 D. de C., Constantino permitió al testador expresar su voluntad en cualquier forma: "TITIVM HEREDEM INSTITVO, VEL FACIO, VEL VOLO". (Instituyo heredero a Ticio, lo hago o lo deseo).

La institución de heredero debía hacerse al principio del testamento, pues las demás disposiciones sólo eran cargas impuestas al heredero; esta regla era rigurosa, y lo escrito antes era nulo, con la excepción de la desheredación y del nombramiento del tutor.

1.1.3.7. DESIGNACION DE HEREDERO EN EL DERECHO ROMANO.

Se conocieron desde entonces, dos formas de designar herederos:

- a) Por la voluntad propia del difunto, (sucesión testamentaria)
- b) Por la ley, (sucesión ab intestato o legítima).

Los Romanos admitieron con razón la preeminencia de la voluntad del difunto sobre la del legislador para la elección del heredero, y ya la Ley de las XII Tablas sanciona para el Padre de Familia el derecho de elegir a quién debía continuar su personalidad. Manifestaba su voluntad en el testamento. Cuando el heredero testamentario es nombrado regularmente, aceptado por éste, a nadie más pertenece la sucesión. El padre de familia podía morir intestado, es decir, sin haber hecho testamento válido, entonces y solamente en este caso la ley se encargaba de designar heredero, llamado " AB INTESTATO ". En la Ley de las XII Tablas se elegía al heredero dentro de los miembros de la familia Civil, sin preocuparse del lazo de sangre. De manera que, en Derecho Civil había dos clases de sucesión: a) **Testada** y b) **Intestada**.

Hay quienes creen que los Romanos sólo conocieron la sucesión "Ab Intestato", lo mismo que los germanos y los griegos, y que la sucesión testamentaria fue introducida hasta la Ley de las XII Tablas. Pero esta opinión no está de acuerdo con la preferencia, bien marcada, de los Romanos en el sentido de la sucesión testamentaria. Respecto a saber cuál de estos dos órdenes de sucesión es el más antiguo, los historiadores hacen mención del testamento desde la fundación de la ciudad. Para nosotros, la sucesión testamentaria y la sucesión "ab intestato" han existido desde el origen de Roma, y la Ley de las XII Tablas sólo sancionó esa costumbre. El Jefe de Familia era dueño de elegir, con

la aprobación de los Pontífices y de las curias, al continuador de su culto y de su persona civil.

Aunque los Romanos tuvieron en gran consideración el derecho de testar, creemos que es exagerado decir que en Roma se tenía como deshonor morir intestado, ello simplemente significaba un indicio de una mala sucesión y de infamia. Por esta razón, se encuentra justificada la preferencia de los Romanos por la sucesión testamentaria: "el que testa y elige un heredero está más seguro y demuestra previsión y deseo grande de conservar intacto su honor."

La preeminencia de la sucesión testamentaria condujo al siguiente principio sancionado por la Ley de las XII Tabas: "LOS HEREDEROS AB INTESTATO SOLO PUEDEN TENER LA SUCESIÓN NO HABIENDO HEREDERO TESTAMENTARIO". Los Jurisconsultos deducían una regla lógica, formulada de la siguiente manera: "NEQUE IDEM EX PARTE TESTATUS ET EX PARTE INTESTATUS DECEDERE POTEST", esto es, "NO PUEDE HABER PARA UNA MISMA SUCESIÓN UN HEREDERO TESTAMENTARIO Y UN HEREDERO AB INTESTATO". Bien se presentasen juntos, o bien uno después de otro, quedaba sin efecto la pretensión del heredero "ab intestato".

1.1.3.8. ACCIONES A FAVOR DEL HEREDERO FRENTE AL TESTADOR Y FRENTE A LA PROPIA INSTITUCIÓN DEL TESTAMENTO.

En primer término tenemos la "PETITIO HEREDITATIS" (petición de herencia, reclamación de la totalidad de la masa hereditaria). Mediante esta acción el heredero quirritario reclamaba la herencia cuando ésta se encontraba en poder de un tercero. En el derecho antiguo se consideraba como la "vindicatio" de una cosa colectiva, no distinta del rebaño. Se tramitaba por el "Sacramentum Contradictorio" de los dos litigantes que afirmaban ser herederos de una determinada herencia.

En un principio, esta acción no sólo podía ejercitarse contra aquél que poseía "pro-herede", o sea el que se arrogaba derechos hereditarios, sino también contra el que poseía sin invocar título que justificara la retención de los bienes - "pro-possessore", y que interrogado sobre el origen de su posesión no pudiera contestar. Lo mismo procedía contra el que se oponía a pagar un crédito, si negaba que el actor fuera heredero. En cambio, cuando el poseedor aducía que retenía los bienes por un título especial de adquisición sin negar al actor su calidad de heredero, no procedía la petición de herencia sino la particular que nacía del derecho discutido. Se aplicaba en primer lugar contra el que se ofrecía a actuar en el proceso, y después por un decreto de la época de Adriano se estableció la legitimación pasiva de aquél que maliciosamente se desprendía de la posesión antes de iniciarse el juicio. El objeto de la acción era obtener el

reconocimiento al derecho de herencia del actor, cesando la lesión causada. El fallo contenía una "pronuntiatio" donde se hacía constar la existencia del derecho, y eventualmente una "condemnatio" para el caso de que el vencido no pusiera fin a la lesión que aducía el heredero. El vencido, para evitar la condena podía restituir los bienes con sus acciones, pero si no cumplía con lo que ordenaba el Juez se le condenaba a una suma de dinero. El demandante para triunfar debía acreditar su calidad de heredero en el juicio.

LA INTERDICTUM QUORUM BONORUM.- (Para reclamar la Bonorum Possessio). El "Bonorum Possessor" gozaba de este interdicto, lo ejercitaba contra todo poseedor, tanto contra quien poseía las cosas hereditarias si no las hubiera "usucapiado pro-herede", como contra el que dejaba de poseer maliciosamente. También procedía frente a quien poseía a título de legado, sin permiso del "bonorum possessor". El derecho Justiniano lo concedió a todo heredero.*³⁰

Sara Bialostosky agrega a las enunciadas:

a) **La ACTIO REIVINDICATIO.-** Cuando trataba de obtener la "possessio" de los bienes sobre los que el difunto hubiera tenido la propiedad quiritaria.

b) **La ACTIO PUBLICIANA.-** Para reclamar los objetos de los cuales tuviera la propiedad bonitaria.

c) **La ACTIO CONFESORIA Y LA ACTIO NEGATORIA.-** Para tutelar servidumbres.³¹

1.1.3.9. BENEFICIOS QUE OTORGA EL DERECHO ROMANO AL HEREDERO.

1.1.3.9.1. EL DE INVENTARIO

El heredero o herederos que adquirían la sucesión continuaban la personalidad del difunto, las deudas y créditos les pasaban en la porción de su parte hereditaria, de manera que se fundían en su patrimonio y con él tenían que pagar a los acreedores del "de cuius". Cuando la sucesión no se presentaba saneada en este sentido, era peligroso para los herederos aceptar la herencia, pues el pasivo podía superar con mucho al activo hereditario y ellos tendrían que pagar el faltante con sus bienes.

*30 Sabino Ventura Silva. "Derecho Romano. Curso de Derecho Privado" Editorial Porrúa, S.A. Novena Edición, México 1988. pgs.

211 a 237.

*31 Bialostosky Sara Ob. Cit. p. 210.

1.1.3.9.2. LA SEPARATIO BONORUM.

El esclavo manumitido hecho heredero necesario, podía pedir la "Bonorum separatio" - separación de los bienes o del patrimonio - para no pagar a los acreedores con sus bienes, sino con los del difunto, pero la sucesión se vendía a su nombre, cayendo sobre él la nota de infamia.

El heredero suyo y necesario tenía el "beneficium abstinendi" -beneficio de abstención-; pero el heredero voluntario, una vez que aceptaba, no podía retractarse, y si la sucesión era mala, tenía que pagar con sus propios bienes a los acreedores. En ocasiones se concedía a los menores de veinticinco años la "in integrum restitutio" -devolución completa-. Adriano la concedió al mayor de esa edad cuando después de la adición de la herencia aparecían deudas. Justiniano, por constitución del año de 531 D.C. crea en favor del heredero lo que se conoce como el BENEFICIO DEL INVENTARIO. El heredero hace adición de la herencia y en treinta días debía hacer en presencia de un "tabularius" el inventario de los bienes del difunto, sin apartar nada para sí y debía concluirlo en sesenta días. El heredero que hacía inventario sólo pagaba las deudas hasta la concurrencia de los bienes hereditarios y si él tenía algún crédito, concurría con los demás acreedores.

1.1.3.9.3. LA INSTITUCIÓN DE COHEREDEROS Y EL DERECHO DE ACRECER.

En el Derecho Romano, cuando se instituía heredero éste recogía toda la sucesión, aunque sólo estuviera instituido por una parte. Esta disposición se fundaba en el principio de que nadie podía morir en parte testado y en parte intestado, salvo el caso de un militar. Si eran varios los herederos sin atribución específica de partes, la sucesión se dividía por partes iguales. Si entre varios herederos algunos habían repudiado la herencia o no habían podido hacer adición de ella por muerte o cualquiera otra causa, su parte acrecía a los que han hecho adición y si después de la adición mueren, pasaba su derecho a sus coherederos. Este derecho se aplicaba tanto en la sucesión testamentaria como en la legítima. El derecho de acrecer estaba fundado en la naturaleza indivisa de la sucesión que no podía ser adquirida por parte y abandonada por otra. Esto es, todo heredero testamentario o legítimo era llamado necesariamente al todo, pero el concurso de los otros coherederos restringía su derecho, de donde al no aceptar algunos, ejercerían los demás derechos sin trabas.

La parte dejada vacante por alguno de los coherederos es adquirida por los demás en la proporción de su parte hereditaria. El acrecentamiento es forzoso, el heredero no podía repudiar la parte que le acrecía y aceptar sólo la parte por la que había sido instituido. El acrecentamiento operaba sin carga, el que recogía la porción rechazada no estaba obligado a cumplir las cargas personales impuestas al coheredero, pero sí a cumplir con los legados y los fideicomisos. Esta doctrina

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

era profesada por CELSUS Y JULIANO, de la escuela Sabiniana; pero ULPIANO nos dice que en su tiempo se había abandonado por consecuencia de un mandato de los emperadores SÉPTIMO SEVERO Y CARACALLA, por cuyos términos el sustituto vulgar estaba obligado a cumplir con todas las cargas impuestas al instituido cuyo lugar tomaba, lo que llevaba a considerar a los coherederos como tácitamente substituidos los unos a los otros, falseando la noción misma del "ius adcrendi" -derecho de acrecentar-. Respecto a este "ius adcrendi", el profesor SABINO VENTURA SILVA nos dice: "Cuando entre los herederos instituidos alguno falta, sea porque repudie, sea incapaz o muera antes de la adición, la regla es que la parte de los que no concurren beneficia a los otros en proporción a sus cuotas en virtud del derecho de acrecer."³²

Las leyes caducarias modificaron el derecho de acrecer, salvo para los ascendientes y descendientes hasta el tercer grado, quienes seguían rigiéndose por el derecho tradicional - "ius antiquum" -, para los demás el derecho de reclamar las porciones vacantes (ius caducavindicandi) correspondía en primer lugar, a los " herederos patres " (casados y con hijos); segundo a los "legatarii patres", y, en tercero al Erario o Fisco, según las épocas. Estas leyes fueron abolidas por Justiniano quien restableció el derecho tradicional.

1.1.3.9.4. CONTENIDO DEL TESTAMENTO ROMANO.

En una forma de conclusión, diremos que la característica esencial del testamento romano en lo que atañe a su contenido, es la institución del heredero. El testamento del "Corpus Juris", como el del Derecho común, puede definirse diciendo que es el negocio jurídico unilateral , de última voluntad en que se instituye un heredero.

Podía contener otras disposiciones "mortis causa", como son manumisiones, legados, nombramiento de tutores, sin afectarlo, pero sólo la institución de heredero era requisito esencial; sin ella no había testamento, al menos, tal y como lo concebía el "corpus juris" y el antiguo derecho de Pandectas. Fue hasta los tiempos de Justiniano que se derogó este formalismo de la institución testamentaria. El nombramiento de heredero debía expresarse con palabras categóricas y precisas, y recaer sobre personas determinadas.

El testador era libre de instituir uno o varios herederos, y de determinar la cuantía de las porciones hereditarias. Si eran varios los instituidos sin determinación de cuotas, heredaban todos por partes iguales.

Respecto a los rasgos característicos de la herencia romana, mencionamos primero la UNIVERSALIDAD de la sucesión. El heredero no sólo continuaba y sostenía los derechos del difunto, sino todas sus relaciones patrimoniales; el

³² Ventura Silva Sabino Ob. Cita. pp 236 y 237.

patrimonio del difunto pasaba íntegro al heredero, confundiendo con el suyo propio "*confusio bonorum*", incluidos los derechos y obligaciones de aquél, con algunas excepciones. Como consecuencia, el patrimonio del heredero respondía de las deudas del difunto como de las propias; éstas se hacían también extensivas a la herencia. Este principio podía experimentar dos modificaciones:

a) La primera, por virtud del "*beneficium separationis*", creado en interés de los acreedores de la herencia, siempre que lo solicitaran dentro de los cinco años y antes de haber concertado voluntariamente con aquél, aceptándolo por deudor. El recurso pretorio de la separación no eximía totalmente a la herencia de responsabilidad por las obligaciones del heredero; pero sentía una preferencia a favor de los acreedores hereditarios, poniéndolos a salvo de un posible exceso de deudas de aquél.

b) La segunda, a través del "*Beneficium inventarii*" beneficio de inventario.- Antes de Justiniano, el heredero no poseía recurso alguno para liberarse de responsabilidad por las deudas hereditarias; tan sólo podía eximirse de ellas -en parte- concertando privadamente con los acreedores del difunto - al menos con aquellos que conociese antes de "*adire*" la herencia-, si se avenían a respetarle su patrimonio personal.

JUSTINIANO pone remedio al mal, creando el "*beneficium inventarii*", por éste, el patrimonio personal del heredero quedaba exento de responsabilidad por las deudas hereditarias, se procedía a inventariar los bienes de la herencia dentro de los treinta días de tener conocimiento de la "*delación*", y lo terminaba antes de transcurrir otros sesenta días.

1.1.3.9.5. INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO EN EL DERECHO ROMANO.

En el Derecho Romano, el testamento, es un negocio formal, de modo que la forma es la base de su valor, las palabras empleadas se tomaban en su acepción típica y se les daba el sentido que tenían en el lenguaje ordinario. Al inicio de la República, en los negocios formales, se le atribuía a las palabras el sentido concreto que en determinado caso les daba el declarante. Se partía de una interpretación objetiva para llegar a la indagación de la voluntad individual. El testamento, por su excesivo formalismo, podía tener disposiciones equivocadas; y entonces, debía tenerse en cuenta la voluntad del testador. Al ser el testamento una causa favorable, se trató de evitar formas de interpretación que quitasen valor a la institución de herederos, legatarios o fideicomisarios; de ahí, que una condición imposible no anulaba la disposición testamentaria con la cual se relacionaba, tan sólo se tenía por no escrita. Asimismo, la designación formal de la persona del heredero o legatario ya no importaba a los clásicos, siempre y cuando no hubiera duda respecto de su identidad.

1.1.4. EL TESTAMENTO EN EL DERECHO ESPAÑOL.

Para tener una idea más completa de los antecedentes del testamento veremos, de manera genérica los rasgos característicos de la institución en los Derechos español y francés; sin perder de vista que en el Derecho Romano encontramos antecedentes de gran parte de los pilares del derecho, y entre ellos del testamento.

La sucesión como transmisión, puede ser "inter vivos o mortis causa". La primera en el Derecho Español es siempre y exclusivamente a título particular, que implica sustitución en una relación jurídica singular y determinada. La segunda puede ser a título universal o a título particular.

BINDER sostiene que "por Derecho Sucesorio se entiende el conjunto de normas jurídicas que, dentro del derecho privado, regulan el destino del patrimonio de una persona después de su muerte".³³ PUIG PEÑA define el Derecho hereditario como "aquella rama jurídica que disciplina el sentido, alcance y efectividad de las relaciones surgidas con motivo de la muerte de una persona".³⁴ Y ARIAS RAMOS dice: "El Derecho de sucesiones o Derecho hereditario es la sección del derecho privado constituida por el conjunto de normas que regulan el destino que ha de darse a las relaciones jurídicas de una persona física cuando ésta muere y rigen también la creación de relaciones jurídicas nuevas cuyo surgir estaba supeditado a la muerte de dicha persona."³⁵

El actual Código Civil Español considera dentro de los modos de adquirir y transmitir la propiedad, a las sucesiones testada e intestada. Habría que reconocer que ésta es también un modo de transmitir derechos de crédito o personales o cumplir deberes, (establecimiento de tutelas, reconocimiento de hijos). Polacco hace notar que la adquisición y transmisión de bienes es accidental y no esencial al concepto de la sucesión, subsistiendo la herencia por sí, hecha abstracción de los bienes que eventualmente pueda haber. Como se observa, todos estos principios son similares a los de nuestra legislación.

Después de las anteriores consideraciones pasamos al tema en cuestión. La circunstancia de que el pueblo visigodo fuese el más romanizado de los bárbaros explica que sus disposiciones legales presentaran claro influjo del Derecho romano; pero también nos muestran visibles huellas de los principios germánicos. Es característica del Derecho visigodo la libertad de testar con

³³ Binder Julien. "Derecho de Sucesiones", Barcelona España 1953. Segunda Edición. Traducción de Burgerliches Recht y Erbrecht, pg. 49.

³⁴ Puig Peña. "Tratado de Derecho Civil Español", Tomo V, "Sucesiones", Volumen I "Teoría General de las Sucesiones", Madrid España 1954, pgs. 26-27.

³⁵ Arias Ramos. "Derecho Sucesorio", Buenos Aires Argentina 1942. Segunda Edición de 1950, y "Derecho Romano", Tomo II, Decima Cuarta Edición, Madrid España 1977, "Derecho Sucesorio" pgs. 779 a 1115.

fuerzas limitaciones familiares. Y quizá un medio de conciliación del principio germánico de protección a los herederos legítimos con el principio romano de libertad de disposición de los bienes "mortis causa" fue el sistema de legítimas y mejoras establecido por Chindasvinto y que constituye la base del Derecho sucesorio español, sobre todo en su manifestación castellana.

Durante la Reconquista, los Fueros municipales y nobiliarios acentúan la influencia germánica, tomando como idea inspiradora -dice DE DIEGO- "la de fomentar la población y exaltar el principio familiar"³⁶. "Fueron consecuencia de ello la reducida y limitada facultad de testar, el llamamiento en la sucesión intestada a los hijos de la concubina en defecto de hijos legítimos, la admisión de la troncalidad y algún pequeño rasgo de primogenitura".³⁷

En Castilla, siglo XIII, el Fuero Real muestra inclinaciones preferentes al espíritu del Derecho nacional sobre el romano. Y si bien las Partidas intentan introducir el Derecho justiniano, la reacción nacional encuentra cauce, durante el siglo siguiente en el Ordenamiento de Alcalá, que reduce las formalidades testamentarias y suprime la necesidad de la institución de heredero, así como la incompatibilidad romana entre la sucesión testada y la intestada.

Posteriormente, en las Leyes de Toro, se dictan reglas importantes sobre algunas materias sucesorias y, sobre todo, se reconoce y reglamenta la institución de los mayorazgos. La ley desvinculadora de 1820 abolió esta institución, y la Ley de Mostrencos de 1835, introdujo algunos retoques a la sucesión intestada, introduciendo en ella nuevos llamamientos.

Para tener una idea más completa de los antecedentes del testamento veremos, de manera genérica los rasgos característicos de la institución en los Derechos español y francés; sin perder de vista que en el Derecho Romano encontramos antecedentes de gran parte de los pilares del derecho, y entre ellos del testamento.

La sucesión como transmisión, puede ser "inter vivos o mortis causa". La primera en el Derecho Español es siempre y exclusivamente a título particular, que implica sustitución en una relación jurídica singular y determinada. La segunda puede ser a título universal o a título particular.

La Ley de Bases de 1888 decía, a propósito del tratado de las Sucesiones, que se mantendría en su esencia la legislación entonces vigente, que establecía varias novedades en las instituciones del Derecho de sucesión "mortis causa". Sánchez Román distingue tres grupos:

³⁶ De Diego Clemente. Ob. Cit. Tomo III, pp. 355

³⁷ De Diego Clemente. Ibidem. Tomo III, pp. 369

a) De introducción o adición; por ejemplo, el testamento ológrafo, la legítima de los hijos naturales, el usufructo vitalicio, la reserva especial, etc.

b) De supresión; verbigracia, la del testamento por comisario, mancomunado, con cláusula derogatoria, memorias testamentarias, fideicomisos con instituciones reservadas.

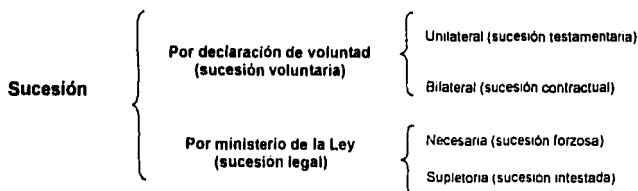
c) De modificación, como en alguna de las reglas de la testamentifacción activa y pasiva, la cuantía de las legítimas, la condición de algunos de los herederos forzosos, en las mejoras, en el albaceazgo, en la sucesión intestada respecto de la restricción de la línea colateral del décimo al sexto grado, y en otros llamamientos, en la sucesión del Estado, en la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, en la colocación, en la partición y en otras.

En términos generales puede decirse que el Código Civil que rige la vida de España, se separa en algunos puntos de la tradición jurídica romana y de la castellana lo hace, no pocas veces, para introducir mejoras en el sistema sucesorio o para aproximarlos, con buen criterio, al régimen de las legislaciones forales.

Aunque cada uno de los conceptos fundamentales del Derecho sucesorio tiene un contenido distinto en el sistema romano y en el sistema germánico; y que ambos sistemas han aportado elementos y concepciones para la formación de los regímenes positivos contemporáneos, aun son muchas las instituciones sucesorias de nuestro tiempo en las que subsisten las huellas de una contradicción interna originada por la pugna latente entre sus propios componentes históricos.

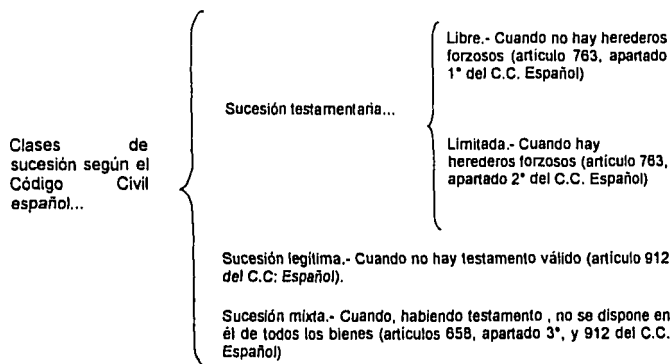
CLASIFICACIÓN. - Divídese la sucesión en universal y a título particular. La primera supone la sustitución de la universalidad de los bienes, derechos y obligaciones; la segunda, sustitución en determinados bienes o derechos.

En el Derecho Español y en nuestro Derecho, el sucesor a título universal recibe el nombre de heredero; y el sucesor a título particular, el de legatario. La sucesión a título universal se divide, por razón de su origen en las categorías que resultan del siguiente cuadro.



Esta es la clasificación teórica y sistemática que puede hacerse, en la sucesión hereditaria. El Código Civil Español rechaza la sucesión contractual, y formula una clasificación más simple, en el artículo 658, que dice: "La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento, y a falta de éste, por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria, y la segunda, legítima. Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y, en otra, por disposición de la ley".

Con base en este precepto, y de los demás del Código Civil Español, podemos considerar como clasificación legal de la sucesión la siguiente:



Al lado de la sucesión legal general u ordinaria, han surgido tipos de sucesiones especiales (reguladas en las legislaciones sobre casas baratas, colonización interior, patrimonio familiar, relaciones arrenditicias, etc.) Y en este aspecto, desde un punto de vista bastante objetivo podemos asimilar este tipo de sucesión especial, en España, sobre casas o bienes inmuebles "baratos", a nuestro recién creado TESTAMENTO PÚBLICO SIMPLIFICADO, en el cual el

objeto, en la mayoría de los casos es una casa habitación de bajo costo, pues como veremos en líneas posteriores este testamento tiene como único fin la transmisión y escrituración de viviendas habitacionales de determinado valor y a favor de cierto núcleo de población.

Respecto a la relación de ambas sucesiones se dan los siguientes problemas:

- a) El de la categoría de orden y subordinación en que están respectivamente colocadas dentro del sistema jurídico sucesorio y
- b) El de su mutua compatibilidad o incompatibilidad.

La primera cuestión ha sido muy debatida. Filosóficamente, su solución depende del criterio que se sustente acerca del fundamento del derecho de suceder. Los autores que fundan la sucesión en la voluntad, expresa o presunta, del causante, se inclinan a considerar como regla general la sucesión testamentaria, y como excepción o forma supletoria, la sucesión legítima. Los que, por el contrario, atribuyen al Derecho hereditario un fundamento objetivo o familiar, conceden a la sucesión legal, la primacía sobre la sucesión testamentaria.

Históricamente las legislaciones inspiradas en el Derecho romano y las que admiten una amplia libertad de testar, (como en México) parecen atribuir el primer rango a la sucesión testamentaria, mientras que las inspiradas en la tradición germánica tienden a dar preferencia a la sucesión legítima (como la Francesa) o a considerarla como la única.

En la doctrina moderna parece alcanzar predominio la teoría que da prioridad a la sucesión legítima, aceptada en legislaciones tales como en la Alemana y la Suiza. El Código Español y nuestra doctrina siguen, con pocas variaciones, el sistema contrario, o romano. Así se infiere del artículo 658 del Código Civil Español que considera a la sucesión legítima como supletoria de la testamentaria al decir que la sucesión se defiende por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la ley, y en el artículo 1282 del Código Civil vigente en nuestra Patria que a la letra dice: "La herencia se defiende por la voluntad del testador o por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria, y la segunda legítima". Sin embargo, no está exento de razón ROYO MARTÍNEZ cuando advierte que casi todos los Derechos contemporáneos y desde luego el nuestro, representan una solución transaccional entre las dos tendencias extremas, pues admiten el testamento, pero aseguran a los más próximos parientes una participación necesaria en los bienes dejados por el difunto y llaman a suceder a los parientes cuando no existe testamento.³⁸

* 38 Royo Martínez, "Exposición Elemental del Derecho Civil Español", Derecho Sucesorio "mortis causa", Sevilla España 1931., p.

El problema de la compatibilidad o incompatibilidad de la sucesión intestada con la testamentaria tiene hoy apenas un interés meramente histórico, basado en la animada discusión sobre el origen del famoso principio romano "nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest." Quizá su causa fue meramente histórica y circunstancial y ello explica que no haya pasado, por regla general, al Derecho moderno. En España se admitió la coexistencia de las dos sucesiones en el Código Civil Español vigente (artículos. 658, apartado tercero, 764 y 986) y en las legislaciones de Aragón y Vizcaya. Se conservó, por el contrario, el sistema romano de la incompatibilidad de ellas en Cataluña, Baleares y Navarra

La antigua doctrina civilística española, al tratar de determinar la esencia de la sucesión hereditaria, se atuvo a la concepción tradicional. Después de publicado el Código Civil, SÁNCHEZ ROMÁN, sigue la misma línea tradicional. La herencia, para él, es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones individualizado en relación al patrimonio de la persona de quien proceden, y en este sentido la define como "aquel conjunto complejo de bienes, derechos, acciones y obligaciones sometidos bajo un solo vínculo a un centro común, que es la persona a quien dicho patrimonio se refiere, constituyendo, por su unidad, el concepto de "universitas iuris", en relación a dicha persona".³⁹ En la doctrina Española actual, vemos mantenida la concepción de la herencia como "universitas iuris". "Sin embargo las actuales concepciones de la herencia están teniendo, en nuestra literatura jurídica, gran repercusión, con una nueva concepción de la herencia con matices personalistas más que objetivos. Y en los últimos años las nuevas direcciones de la ciencia alemana e italiana (tanto en los dominios del Derecho Romano como en los del Derecho Civil), contrarias a la tradicional concepción de la herencia como "universitas iuris", han tenido abundante eco en la doctrina española."⁴⁰

Para BINDER "el contenido de la sucesión hereditaria no se agota en las relaciones patrimoniales, en la simple transmisión de las relaciones y la situación jurídica del causante, pues puede contener la modificación de esas relaciones y la creación, en algunos aspectos, de una situación nueva".⁴¹ BIONDI sostiene que "no hay incompatibilidad entre la idea romana de "successio" y la de "universitas", y que ésta última ha de ser aceptada no como un esquema lógico, sino como una figura jurídica que responde a ciertas exigencias prácticas y que ha de tener, por ende, una aplicación limitada".⁴²

Para nosotros no hay en realidad, abismos conceptuales entre las teorías modernas que tratan de fijar -con criterios aparentemente opuestos- la naturaleza jurídica de la herencia. En definitiva, se reconoce en ellas un principio de unidad

³⁹ Sánchez Roman "Instituciones de Derecho Civil "Tomo VI" "Derecho de Sucesiones". Volumen I. Madrid 1910 pgs. 111 a 182.

⁴⁰ "Estudios de Derecho Civil". 2a. Edición. Tomo VI "Derecho de Sucesiones Mortis Causa". Volumen III. Madrid, España 1910.

⁴¹ Manresa y Navarro. "Derecho Civil Español" Madrid, España. P.129

⁴² Binder. Julien "Derecho de Sucesiones" "Traducción de Bugerlicher Recht y Erbrecht". 2a. Edición p.150.

⁴³ Biondi "Sucesión Testamentaria y Donación" "Traducción de Manuel Faure". 2 Edición. Barcelona España 1960 p.49.

patrimonial o regulación unitaria jurídica, aunque se sustituya por algunos, como CICU, el concepto de unidad objetiva por el de unidad subjetiva o se hable por otros, como Binder, de una unidad teleológica.⁴³

En el Derecho Español, al igual que en el mexicano, no es aceptada la idea, ya poco natural, de que la herencia suponga una continuación de la personalidad del difunto por el heredero, ni siquiera entendiendo ésta como personalidad patrimonial.

La consideración personal y no exclusivamente patrimonial de la sucesión hereditaria ha sido subrayada por el Tribunal Supremo de España, afirmando que la herencia no reviste exclusivamente un carácter patrimonial o económico, pues además de bienes materiales comprende derechos, acciones y aún obligaciones que no pueden en ocasiones valorarse económicamente. Y en último término, tampoco se rechaza por completo la idea de que al heredero corresponde una cierta continuación del de cuius, no en la personalidad de éste, pero sí en la esfera de la titularidad de las relaciones jurídicas, en aquellos aspectos y en aquel ámbito en que es posible, a efectos jurídicos, esa continuación.

En el Derecho Español no siempre es exacto que el heredero se coloque en la misma posición jurídica de su antecesor. Así, el Código Civil, según resulta del artículo 442, no acepta la norma del Derecho romano según la cual el heredero sucedía al de cuius incluso en la buena y en la mala fe posesoria; y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, lejos de amparar todas las consecuencias posibles de la sustitución del heredero en la posición jurídica del causante, admite, en algunos casos, que no está obligado aquél a consentir y respetar lo que éste hiciera contra la ley.

En otro punto, se ha estimado por algunos escritores que el título de heredero fue esencial para la calificación hereditaria en la legislación de las Partidas, infiriéndose así del proemio del título III de la Partida VI, a cuyo tenor dice *"e rayz de todos los testamentos, de qual natura quier que sean, es establecer herederos en ellos"*... (a raíz de todos los Testamentos, cualquiera que sea su naturaleza, en ellos se establecen herederos). Pero ya el Ordenamiento de Alcalá se apartó de la tradición romana que este texto había recogido. Actualmente, lo que se difiere, por ley o por testamento, es la herencia, y lo que se adquiere es la herencia objetivamente considerada.

El Código Civil Español actual, aún sin contener una verdadera definición de la herencia, habla de la sucesión como una transmisión de derechos y obligaciones (artículos 657 y 661); que se difiere por la voluntad del hombre o por disposición de la ley (artículo 658), y da a la herencia un sentido objetivo o presuponiéndolo, comprende en ella todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extinguen por su muerte (artículo 659).

⁴³ Cicu: "Le successioni" "Las Sucesiones" Milán 1947. "Successioni per causa di morte" "Sucesiones por causa de muerte" (Tratado de Cicu-Massinio), parte general, Volumen II, Milán 1954-1958 p 78.

De la misma forma que sucede en el Derecho mexicano actual, en el Español no es necesaria hoy para la validez de la institución hereditaria, la atribución del título de heredero, no es esencial la institución de heredero ni, por consiguiente, el título de heredero (artículo 764) y se admite la posibilidad de sucesión testamentaria sin heredero (artículo 891).

Y para finalizar este punto, citamos la opinión de CASTÁN TOBEÑAS, que creemos presenta el resumen de lo que es la herencia en el Derecho Español 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 extrapatrimonial y atribuye al heredero una situación jurídica modificada y nueva en determinados aspectos."*⁴⁴

1.1.5. EL TESTAMENTO EN EL DERECHO FRANCÉS.

En el Derecho Francés la sucesión es, por excelencia, un modo de adquirir por defunción a título universal y se conceptúa como la transmisión del patrimonio de una persona fallecida a una o a varias otras. Cuando el difunto no expresó una voluntad particular, su patrimonio se transmite de conformidad con las prescripciones legales establecidas en el libro III, título I, del Código Civil Francés. En este caso se dice que hay sucesión "ab intestato" en oposición a la sucesión testamentaria.

Antiguamente, la muerte civil se situaba al lado de la muerte natural (artículos 718 y 719). A partir de la ley del 31 de mayo de 1854, sólo la muerte natural abre la sucesión de una persona. La apertura de la sucesión es importante desde dos puntos de vista:

- 1) En este momento debe uno situarse para determinar a los herederos, es decir, a las personas susceptibles de heredar; y
- 2) También a partir de ese momento comienza la indivisión hereditaria, y a él se remontará el efecto declarativo de la partición.

LUGAR DE APERTURA DE LA SUCESIÓN. Es el último domicilio del difunto. (artículo 110 del Código Civil Francés). En principio, este lugar fija la competencia del tribunal para los litigios provocados por la sucesión.

INSTITUCIÓN DE HEREDERO.- En el Derecho Francés, para poder instituir heredero en un testamento, se presupone:

1. La existencia del heredero;

⁴⁴ Castán Tobeñas José. "Derecho Civil Español Común y Foral", Edisional Rens, S.A. Madrid España 1978 pp. 88 a 99.

2. La capacidad para heredar;
3. La ausencia de causas de indignidad;
4. La falta de parientes del difunto en un grado más cercano.

Al igual que en nuestra legislación en Derecho Francés no es necesario que el heredero haya nacido, pero sí que esté concebido; las personas fallecidas no pueden heredar a las que mueren después de ellas.

Una vez demostrada la existencia del heredero, la única incapacidad que existe para heredar es la no - viabilidad. En efecto, no sólo es necesario existir, sino además, ser viable. La falta de viabilidad supone necesariamente una vida artificial. No puede hablarse de inexistencia, porque el individuo existe; es una incapacidad de goce, que se confunde con la inexistencia misma y que conduce al mismo resultado.

Otro obstáculo para poder recibir el caudal hereditario es la indignidad. A primera vista la indignidad parece asimilable a la incapacidad. Impide recoger la herencia, como en el Derecho Romano.

Las causas de indignidad en el Derecho Francés son tres:

- a) Atentados contra la vida, seguidos de una condena penal;
- b) Queja o denuncia calumniosa, que ponga en peligro la vida de la persona acusada;
- c) El hecho de que un mayor no denuncie a la justicia el homicidio del autor de la herencia.

La indignidad surge de pleno derecho, en el sentido de que no requiere ser decretada judicialmente para que produzca todas sus consecuencias.

En cuanto al cuarto presupuesto para heredar, no siempre es indispensable la ausencia de un heredero más cercano, para que una persona tenga el carácter de heredero. Hay dos maneras de heredar: por propio derecho y por representación. La primera constituye la forma normal de heredar. Quien recibe la sucesión es la persona designada por la ley, el pariente de grado más próximo; los hijos heredan al padre. La sucesión por representación supone que quien recibe la herencia no es llamado personalmente a heredar, sino que la recibe en lugar de aquélla a quien le correspondía.

En el sentido estricto del término, los herederos legítimos se oponen a los naturales, como el parentesco legítimo al natural. En efecto, los herederos legítimos son los parientes legítimos del difunto, llamados a heredarlo, en tanto

que los naturales únicamente están ligados con el difunto por los lazos del parentesco natural. Pero, "lato sensu", el término herederos legítimos se emplea, a veces, erróneamente para designar a los herederos, en oposición a los sucesores irregulares. El Código Civil Francés reconoció cuatro categorías u órdenes de herederos legítimos. Sólo se pasaba al orden siguiente a falta del primero y así sucesivamente. En el mismo orden hereda el pariente más próximo en grado, salvo el caso de representación. Interpretando el artículo 931 del Código Civil Francés, podría creerse que sólo existen tres órdenes de herederos: los descendientes, los ascendientes y los colaterales. En realidad, existe un cuarto orden de herederos compuesto por los ascendientes privilegiados (padres del difunto) y los colaterales privilegiados (hermanos); que constituyen un orden entre los descendientes y los ascendientes. A los demás ascendientes y colaterales se les da el calificativo de ordinarios.

Por otra parte, se admite que hay tres órdenes de herederos naturales:

1. Los hijos naturales simples.
2. El padre y la madre naturales.
3. Los hermanos y hermanas naturales.

Y tenemos dos sucesiones irregulares: el cónyuge supérstite y el Estado.

Según el artículo 768 del Código Civil Francés, a falta de cónyuge supérstite, el Estado deviene heredero, y por tanto, al Estado corresponde el último lugar entre los herederos.

Distinción entre la sucesión sin herederos y la sucesión vacante. Cuando el Estado hereda por falta de herederos, se dice, en francés, que la sucesión está en "déshérence". Por el contrario la herencia que no es reclamada por nadie, ni por el Estado, se denomina herencia vacante. Esta última situación está reglamentada por los artículos 811 al 814 del Código Civil Francés.

En el Derecho Francés surge una figura nueva para la doctrina mexicana: la sucesión anómala. Hasta hoy solamente nos hemos ocupado de las sucesiones del derecho común; pero al lado de ellas encontramos las sucesiones anómalas. Se designa con este término la reglamentación de la transmisión de ciertos bienes en favor de determinados herederos, en atención al origen de tales bienes. También encontramos que la ley no toma en consideración ni la naturaleza ni el origen de los bienes para reglamentar la sucesión.

Cabe destacar que se le da al heredero un triple derecho de opción ante los bienes hereditarios:

1. Aceptar pura y simplemente la herencia.

2.- Aceptarla bajo el beneficio del inventario, es decir, reservarse el medio de pagar las deudas únicamente "intra vires hereditatis". (al lado del beneficio de inventario surge el beneficio de separación del patrimonio).

3.- Renunciar a la herencia, lo que hará cuando la sucesión sea mala, o cuando haya recibido el difunto liberalidades preferibles a ésta.

Según el sistema francés, el beneficio de separación de patrimonios se separa del de inventario. En tanto que el beneficio de inventario protege al heredero en contra de la insolvencia del difunto, la separación del patrimonio llena el mismo objeto respecto a los acreedores de éste, contra la insolvencia del heredero, pero la jurisprudencia estableció un lazo estrecho entre ambos beneficios, puesto que considera que la separación de patrimonios resulta del pleno derecho del beneficio de inventario, subsistiendo después de la desaparición de éste.

La Institución del **BENEFICIO DE INVENTARIO** busca proteger a los herederos de las posibles deudas del testador y es directamente en favor de los propios herederos; a diferencia de la institución de **SEPARACIÓN DEL PATRIMONIO**, que protege a los acreedores del difunto contra la insolvencia del heredero, pues éste tendrá que responder de las deudas con el caudal hereditario, y el heredero no podrá alegar que los bienes son menos o no suficientes para cubrir y responder de las deudas del testador.⁴⁵

⁴⁵ Casan Toboñas José. *Ibidem*, p. 99.

CAPITULO II

2. DERECHO POSITIVO.

2.1. ANÁLISIS DEL DERECHO CIVIL EN LAS DIVERSAS ETAPAS DE LA HISTORIA DE MÉXICO HASTA EL ACTUAL CODIGO CIVIL

2.1. 1. GENERALIDADES

Hoy en día, el ser humano tiene la invaluable posibilidad de determinar quien lo habrá de sustituir respecto a la titularidad de sus derechos y obligaciones que así lo permitan, por medio de la Institución del Testamento.

Para poder comprender el tema que nos ocupa y a manera de resumen tendremos que detenernos a ver que es el testamento. Llanamente, es una institución por medio de la cual se pueden transmitir o adquirir bienes.

Con relación al tema, EUGÈNE PETIT opina que la adquisición "PER UNIVERSITATEM", es la que tiene por objeto un patrimonio. Casi siempre el patrimonio se transmite a la muerte de quien era el dueño; esto es la adquisición por sucesión.

Asimismo divide al patrimonio en dos partes:

- a) Los bienes, que es el activo, y
- b) Las deudas, que es el pasivo.

Mientras el titular del patrimonio tenga vida sus acreedores tienen por garantía, no solamente sus bienes presentes, sino también sus bienes futuros, es decir, el producto de la actividad del deudor. Si muere, gracias a los pilares del Derecho Romano, se le da un continuador de su persona, llamado heredero, que en su lugar queda dueño del patrimonio y obligado a pagar todas las deudas como si las hubiese contraído él mismo. El heredero solventará las deudas del difunto hasta donde alcance el activo de la herencia, no más, no tendrá que involucrar su patrimonio.

El heredero adquiere íntegro el patrimonio del difunto, salvo algunos derechos y obligaciones que se extinguen con su persona. El patrimonio recogido por el heredero toma el nombre de herencia o sucesión.

No resultaría vano citar la definición etimológica de SUCESIÓN. Se dice que la voz "sucesión" deriva del latín "SUCCESSIO ONIS" que significa "Acción y

efecto de suceder"; y ésta última expresión deriva del latín "SUCCEDERE", que se traduce como "entrar una persona o cosa en lugar de otra".

SABINO VENTURA SILVA comenta que: "La palabra **SUCCESSIO**, en un sentido amplio, equivale a traspaso de derechos: "ERA LA ADQUISICIÓN, POR UNA PERSONA, DE LOS ENAJENADOS O ABANDONADOS DERECHOS DE OTRA".⁴⁶

La palabra "successio" suele emplearse para referirse a la situación en que queda el conjunto de bienes de una persona después de su fallecimiento, en cuyo caso se toma como sinónimo de herencia; al respecto, ARANGIO RUIZ, citado por SABINO VENTURA, expresa que la "hereditas" designaba, por un lado, el conjunto de los bienes pertenecientes al difunto en el momento en que eran entregados a uno o varios otros que ocupaban su lugar y por ellos adquiridos; y, por otra parte, la situación jurídica de aquél que, a la muerte del de "cuius", por aplicación de los preceptos del "ius civile", ocupa su lugar en el conjunto de las relaciones jurídicas transmisibles.⁴⁷

Pero, ¿Qué debemos entender por **SUCESIÓN UNIVERSAL "MORTIS CAUSA"**? El profesor SABINO VENTURA SILVA lo simplifica argumentando: "**HEREDITAS, SUCCESSIO IN IUS DEFUNCTI**", ésta se da cuando a la muerte de una persona, otra, "**HAERES**", asumía la totalidad de las relaciones jurídicas del difunto, con excepción de algunas consideradas absolutamente intransmisibles.⁴⁸

Esta sucesión presenta como características más destacadas:

- a) "**EL HERES**" (heredero), en el cumplimiento de las obligaciones del difunto, debe responder con el activo del patrimonio heredado y no con su patrimonio: "**NON ULTRA VIRES HEREDITATIS**" que lo traducimos como: "**NO MAS ALLA DE LAS POSIBILIDADES DE LA HERENCIA**".
- b) De igual modo, "**EL HERES**" (heredero) responde y asume los derechos, las obligaciones y cargas del difunto.
- c) Las relaciones jurídicas del difunto pasan al "**HERES**" con las mismas características.
- d) Cualquiera que sea la naturaleza de las propiedades que integran el patrimonio del difunto y la variedad de los modos adecuados para su adquisición, su traspaso al heredero acaece en bloque, derivado de un único acto eficaz para todos.

⁴⁶ Ventura Silva Sabino. Ob. Cit. pp. 211 y 212.

⁴⁷ Ventura Silva Sabino. Ibidem-p. 225.

⁴⁸ Ventura Silva Sabino. Ibidem-pp. 236 y 237.

e) La sucesión está ligada al título de "HERES", su designación es, o por la voluntad del causante (sucesión testamentaria o voluntaria), o por la Ley (sucesión ab intestato o legítima).

f) Ambas formas de designación de herederos, son incompatibles. Los herederos son por testamento o por ley, pero no en parte por testamento y en parte por ley (si el causante no dispuso de toda su herencia, o algunos herederos testamentarios deja de serlo, el resto de la herencia no la adquieren los herederos "ab intestato", sino que acrecen a los demás herederos testamentarios).

g) Todo heredero recibe el patrimonio del causante en cuanto éste muere previo el acto especial de aceptación.

Por su parte, y no alejándose mucho de lo expresado anteriormente pero si de la actual aplicación del derecho sucesorio, GUILLERMO FLORIS MARGADANT nos dice que las normas sucesorias están relacionadas en forma íntima con el Derecho de Familia. Sin embargo, es de mi opinión que el Derecho Sucesorio no debe considerarse como parte del Derecho Familiar; no es indispensable que los herederos o legatarios, sean parientes del difunto para que se tome como eficaz o válida la institución.⁴⁹

Recordemos que el Derecho Romano nos ofrecía tres tipos de sucesión. La más débil era la vía legítima; la vía testamentaria era más fuerte, pero aún mucho más fuerte era la vía oficiosa, ya que ésta corregía inclusive la repartición prevista en un testamento. La vía legítima y la testamentaria no podían aplicarse simultáneamente a una sola sucesión, salvo sus excepciones. De ahí el principio romano: "para cada sucesión, una sola vía", aunque poco a poco se le admitieron excepciones y actualmente, el Derecho moderno ha abandonado dicho principio. Esto es fácilmente comprobable con la lectura del artículo 1283 del Código Civil vigente para el Distrito Federal que dice: "EL TESTADOR PUEDE DISPONER DE TODO O DE PARTE DE SUS BIENES. LA PARTE DE QUE NO DISPONGA QUEDARÁ REGIDA POR LOS PRECEPTOS DE LA SUCESIÓN LEGÍTIMA".

Con referencia al mismo tema, RODOLFO SHOM opina que: "El patrimonio es inmortal, puesto que al desaparecer el antiguo titular este patrimonio perdura en su familia, en sus descendientes. Muere una persona, y la ley llama a heredar a sus familiares y en primer término a los hijos". Pero se observa que la idea de la propiedad privada es más fuerte que los lazos de familia. El Derecho, mediante la institución del testamento, autoriza al propietario para realizar plenamente el derecho de libre disposición de sus bienes a la hora de su muerte, haciendo que su voluntad prevalezca sobre los derechos de los familiares. Y así, frente a la herencia intestada, se alza la herencia testamentaria. Sin embargo, la libertad del testador no es omnimoda, el Estado vela para impedir que sin justa causa, se excluya a los más próximos familiares del autor de la herencia, para con los cuales

⁴⁹ Floris Margadant S. Guillermo. "El Derecho Privado Romano, como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea", Editorial Estinge, S.A. de C.V. Decima Séptima Edición. México 1991 pgs. 453 a 487.

se tiene una obligación o deber por cumplir, y concede a éstos, derechos hereditarios contra el testamento; que es lo que conocemos como herencia forzosa.⁵⁰

El Derecho Romano consagra como forma hereditaria el concepto de sucesión universal, tal y como sucede en nuestra actual legislación; que es la adquisición universal del patrimonio. Es una modalidad de la "Adquisitio per Universitatem"; es decir, la adquisición en bloque, de todos los derechos comprendidos en un patrimonio, por medio de un acto jurídico personal, producida en un instante y por virtud de un título jurídico único.

2. 1.2. PRIMER CÓDIGO CIVIL EN MÉXICO.

El licenciado JORGE ALFREDO DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ distingue dos etapas del material legislativo de contenido civil: una primera cuyo punto de partida son las fuentes más remotas conocidas de disposiciones civiles vigentes, hasta el Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870, conocido como el Código de '70; y otra que comprende todo el Derecho Civil codificado, es decir, desde 1870 hasta la fecha.⁵¹

Nos narra - DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ - como fue que durante la vigencia de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, (fines de ese año hasta 1835), el sistema federal dominó el país, fundamentado en sus artículos 4º y 5º, con el reconocimiento de varios Estados de la República Mexicana . Y reflexiona que aunque es cierto que sus respectivos congresos no tenían reservada expresamente la facultad de legislar en materia civil, aún así tal reserva tampoco la había para el Congreso Federal. Y es entonces cuando se recurre al artículo 161 de la misma Carta Magna que señaló como obligación de los Estados la de "publicar por medio de sus gobernadores, su respectiva constitución, leyes y decretos". Por esta situación es que se entendió reservada, la materia federal, a las legislaturas locales.⁵²

Esta situación trajo una gran labor legislativa codificadora en los diversos Estados existentes, que se plasmó en dos Códigos Civiles: a) Para el Estado de Oaxaca y b) Para el Estado de Zacatecas.

Dichos ordenamientos reconocen como fuente inspiradora principal al Código de Napoleón. Y, señala el licenciado Domínguez, que es entonces cuando el Derecho Civil Francés es reconocido como orientador del mexicano.

⁵⁰ Shom, Rodolfo (Traducción de Wenceslao Rojas) "Instrucción de Derecho Privado Romano (Historia y Sistemas)". Editorial Gráfico Panormania, S. de R.L., México 1951, pgs. 249 y 250.

⁵¹ Domínguez Martínez Jorge Alfredo. "Derecho Civil. Parte General, Personas, Cosas, Negocios Jurídicos e Invalidez". Editorial Porrúa, S.A., Primera Edición, México, Distrito Federal 1990 pp. 59, 60 y 62

⁵² Domínguez Martínez Jorge Alfredo. Ibidem, pp. 60 y 61

2. 1.3. DEL AÑO 1837 HASTA ANTES DEL CÓDIGO CIVIL DE 1870.

Las leyes constitucionales de la República Mexicana, decretadas en el año de 1836, adoptaron un sistema centralista de gobierno; y por lógica desaparecieron la Federación y los Estados que la formaban para convertirse en Departamentos de la República. Consecuentemente se corta la vida del Código Civil para el Gobierno del Estado de Oaxaca, pues nos indica DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ: "... a consecuencia de esas disposiciones constitucionales la soberanía de los Estados desapareció y cualquier disposición legislativa local vigente al amparo del sistema federal anterior, quedó sin efecto. Durante toda la época centralista no hay ordenamiento civil alguno cuyas disposiciones hubieran alcanzado fuerza obligatoria". Sin embargo, hay varios intentos tendientes a la elaboración de ellos y la situación pública tan inestable de aquella época fue el impedimento principal para la culminación de dichos intentos. Por decreto del Congreso Extraordinario Constituyente, en 1846, se abolió el sistema centralista se adoptó y restauró el federalismo, mediante la reanudación de vigencia de la Constitución de 1824. A consecuencia de ese federalismo resurgieron los esfuerzos locales para la elaboración de los Códigos Civiles estatales sólo que en esta segunda ocasión correspondió únicamente al Estado de Oaxaca, cuyo nuevo ordenamiento civil inició su vigencia en el año de 1853.⁵³

Narra como fue que gracias a la Constitución de 57, al no reservar en su artículo 72 la materia civil dentro de las atribuciones del Congreso Federal, se siguió dando la pluralidad de ordenamientos civiles, y aún más lo incita al establecer en el artículo 117 que las facultades no concedidas expresamente por ella a los funcionarios federales se entendían reservadas a los de los Estados, y es entonces que cada entidad federativa elabora y estatuye su correspondiente Código Civil, por considerarse local la materia civil.

2. 1.4. REGULACIÓN DE LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA EN LOS CÓDIGOS CIVILES DE 1870 Y 1884.

Con referencia a este ordenamiento legal el licenciado retoma antecedentes, y nos introduce a enero de 1870, cuando se formó la comisión integrada por los licenciados MARIANO YAÑEZ, JOSÉ MARIA LAFRAGUA, ISIDRO A. MONTIEL Y DUARTE y RAFAEL DONDE, que enviaron al Ministerio de Justicia e Instrucción Pública el trabajo realizado respecto de un proyecto de Código Civil. Promulgado el 8 de diciembre del mismo año, y cuya vigencia fue a partir del 1º de mayo de 1871, bajo la denominación de Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California; y es cuando concluye el proceso codificador iniciado poco menos de 50 años antes. El contenido de este ordenamiento lo integran 4,126 artículos divididos en un título preliminar y 4 libros;

⁵³ Domínguez Martínez Jorge Alfredo. Ibidem pp. 65 y 66

no tiene transitorios. El libro cuarto, "De las sucesiones", compuesto por los artículos del 3364 al 4126, preveía las sucesiones testamentaria y legítima. Destaca la inclusión de la institución denominada "la legítima", como limitación a la libertad de disposición del testador. Consistía en atribuir por ley a los ascendientes o descendientes de quien hubiera otorgado testamento, una porción del caudal hereditario, independientemente de que hubieren o no sido instituidos herederos por aquél; de esa manera, el testador sólo podía disponer de la porción restante de sus bienes. El Código de 1870 -expresa MACEDO a manera de conclusión- "es en realidad, el primer monumento legislado con que contó México en materia civil; aunque inspirado en el Derecho Romano, en el antiguo Derecho Español, en el Código Napoleón, en los que le habían tomado por modelo y en los proyectos extranjeros y nacionales que se habían elaborado con anterioridad, tiene una evidente autonomía que le da propia personalidad; a pesar de ello, no pretende romper con las tradiciones jurídicas en que se habían formado nuestros juristas y por el contrario procura facilitar la transición entre el antiguo derecho y el que se estimó más propio para regirnos a partir de entonces; con sabia prudencia, recoge los materiales que emplea y no es una ley más, sino genuina codificación de aquéllas cuyos principios debían aplicarse de ahí en adelante, por lo que no crea desorden, sino que establece un verdadero orden; y todo ello se evidencia por la vida fecunda que ha tenido, no sólo en el Distrito Federal y en la Baja California, sino en toda la República, no muere con el Código de 1884, antes bien renace en ése y sigue viviendo en el de 1928, y hasta la fecha" *⁵⁶

Pasados unos años a partir de la vigencia del Código Civil de 70, se consideró procedente su revisión. Ello provocó la elaboración del Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, publicado el 31 de marzo de 1884, con vigencia a partir del 1º de junio del citado año. Lo integran 3,823 artículos, se puede observar que conserva los mismos títulos preliminares y cuatro libros de su antecesor. Substantialmente es de igual contenido, la única diferencia es que suprime la "legítima" e introduce la libre testamentifacción; así, mediante el otorgamiento de testamento podía disponerse de todos los bienes del testador que pasaban a los herederos por él instituidos.

Tuvo vigencia hasta el 30 de septiembre de 1932; y es al día siguiente que el actual Código Civil entró en vigor. Durante esos años, aquél sufrió dos derogaciones; la primera en 1914, cuando se publicó la conocida Ley del divorcio vincular; y la segunda a consecuencia de la promulgación y vigencia de la Ley sobre Relaciones Familiares, a partir del 9 de abril de 1917, derogándolo en todo lo relativo al Derecho de Familia.

* 56 Macedo. "El Código Civil de 1870, su importancia en el Derecho Mexicano". Primera Edición. México 1971, p. 64 siguientes.

2.1.5. REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL VIGENTE.

En este punto, al igual que el anterior, el licenciado Domínguez Martínez hace referencia a la Comisión encargada de elaborar el proyecto del Código que habría de regirnos hasta fechas actuales, la cual estuvo integrada por los licenciados: FRANCISCO H. ESTEVA RUIZ, IGNACIO GARCÍA TELLEZ Y RAFAEL GARCÍA PEÑA. Este fue publicado el 26 de mayo de 1928. Tras una "vacatio legis" por demás prolongada, inició su vigencia el 1º de octubre de 1932. Reemplazó al Código de 84 y a la Ley sobre Relaciones Familiares; (como to dispone en el artículo 1º, es aplicable en materia común en el Distrito Federal y en toda la República en materia federal). La materia civil está reservada a la legislatura de cada entidad federativa, por el tipo de competencia excluyente respecto a las reservadas a la Federación. Por ello, si se pretende que este ordenamiento no sea calificado de anticonstitucional, debe fundamentarse la existencia de un Código Civil con fuerza obligatoria en toda la República en el orden federal, sin contrariar disposición legal alguna, pero sobre ella por la existencia de un auténtico derecho común, con principios generales. La aceptación del Código Civil para el Distrito Federal como un ordenamiento aplicable en toda la República en asuntos de orden federal, se funda en que este cuerpo legal tiene disposiciones cuya aplicación sólo puede llevarse a cabo en toda la República. Actualmente, no hay más territorios federales; por ello, nuestro Código Civil vigente es aplicable en materia común sólo en el Distrito Federal. Este Código Civil se compone de 3.073 artículos en su contenido dispositivo y 2 artículos transitorios, publicados en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 25 de Mayo del año 2000.

El libro tercero, cuya materia es el Derecho sucesorio, comprende los artículos 1281 al 1791. Tiene 5 títulos; el primero sobre disposiciones preliminares, en las que se regula la situación del heredero y del legatario en la sucesión; el segundo destinado a la sucesión testamentaria con regulación de los testamentos en general, las capacidades para testar y heredar, condiciones y bienes de que se puede disponer en testamento, la institución de heredero, de legatario y las substituciones, así como la nulidad, revocación y caducidad de testamentos. El título tercero por su parte, contiene las diversas formas de testamentos, tanto ordinarios (público abierto, público cerrado, público simplificado y ológrafo), como especiales (privado, militar, marítimo y hecho en país extranjero). El título cuarto regula la sucesión legítima con el señalamiento de todos los llamados a heredar (descendientes, ascendientes, cónyuge, colaterales hasta el cuarto grado, concubina, y Beneficencia Pública). El título quinto del libro que comentamos se compone de una serie de disposiciones comunes a ambas sucesiones. Entre sus capítulos están reguladas las precauciones a tomarse cuando la viuda queda encinta, la apertura, transmisión, aceptación y repudiación de herencia, los albaceas, los inventarios y las liquidación y partición de la herencia y sus efectos, rescisión y nulidad.

REGULACIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE SUCESIÓN EN NUESTRA DOCTRINA Y EN EL DERECHO POSITIVO:

En sentido amplio, sucesión se entiende cualquier cambio meramente subjetivo de una relación de derecho, y en sentido limitado se define como la subrogación de una persona en los bienes y derechos transmisibles por muerte de otra y es en este sentido como la define el artículo 1281 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, que se lee: "Herencia es la SUCESIÓN en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte".

Es el Derecho Sucesorio una parte del Derecho Civil que hace referencia a la sucesión por causa de muerte, como forma particular del fenómeno jurídico de la sucesión, que es, en realidad, la única forma admitida por nuestro sistema legal de sucesión a título universal. (artículos 1284 y 1649 del mismo Código Civil. 1284.- "El heredero adquiere a título universal...." 1649.- "La sucesión se abre en el momento en que muere el autor de la herencia y cuando se declara la presunción de muerte de un ausente.") El Derecho Sucesorio halla su fundamento racional en la necesidad de que la muerte no rompa las relaciones de quien cesa de existir, ya que la interrupción de tales relaciones repercutirá perjudicialmente en la economía de la gente que los rodea en vida, y en este aspecto lo entendemos tanto para familiares, como para acreedores y deudores, del finecido; y esta aseveración refuerza la teoría de la propiedad y del patrimonio.

2. 1.6. ELEMENTOS DE LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE Y DIVERSOS TIPOS DE SUCESION.

Estos elementos son de tres clases: personales, reales y causales.

ELEMENTO PERSONAL O SUBJETIVO.- Lo constituyen, el causante llamado también autor de la herencia, "de cuius", o testador, y el causahabiente o sucesor, que es mejor conocido como heredero o legatario, según sea el caso. Valdría la pena, y así lo haremos, mencionar los preceptos legales que nos hablan de la capacidad para testar y para recibir por herencia, esto es la "testamenti factio activa y testamenti factio pasiva" ya estudiadas en el Derecho Romano, y podremos percatarnos de que no ha cambiado mucho la concepción de estas instituciones. (artículos 1305, 1306, y 1313 del Código Civil). 1305.- "Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho." 1306.- "Están incapacitados para testar: I.- Los menores que no han cumplido los dieciséis años de edad, ya sean hombres o mujeres; II.- Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio." 1313.- "Todos los habitantes del Distrito Federal de cualquier edad que sean, tienen capacidad para heredar y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto, pero con relación a ciertas personas y a determinados bienes, pueden perderla por alguna de las causas siguientes: I.- Falta de personalidad; II.- Delito, III.- Presunción de influencia contraria a la libertad del testador, o a la verdad o

integridad del testamento; IV.- Falta de reciprocidad internacional; V.- Utilidad pública; VI.- Renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento." Se ha dicho que la relación jurídica entre el muerto y el sucesor es una relación exclusivamente causal o sucesoria, es decir, justificativa de la adquisición de titularidades por parte del segundo, y no puede ser, en ningún caso, relación de derechos y pretensiones y deberes u obligaciones recíprocos entre el causante y el causahabiente, por la sencilla razón de que ambos, en cuanto tales y con ese carácter no llegan a coexistir ni un sólo minuto, pues mientras un sujeto vive queda excluida por definición su sucesión "mortis causa" y cuando ésta se abre, el causante ha muerto, añadiéndose que los derechos y deberes del sucesor dimanar y proceden del muerto, pero son derechos frente a otras personas vivas y deberes para con otras personas vivas. Son derechos absolutos, es decir, invocables frente a cualquiera que intente impedir o desconocer la continuación por el sucesor de las titularidades del difunto, y deberes para con personas que tenían derechos contra el muerto o que también han recibido "mortis causa" los correlativos derechos.

ELEMENTO REAL.- La noción del testamento como acto prevalentemente patrimonial, nos dice que no todos los derechos y relaciones jurídicas del "de cuius" quedan subsistentes una vez que ha fallecido. La transmisión se produce en relación con los de carácter patrimonial, en términos generales, pero existen bastantes que se extinguen con la muerte del causante de la sucesión, tales como los de personalidad, de usufructo (artículo 1038 del Código Civil.- "El usufructo se extingue: I.- Por muerte del usufructuario;..."), uso y habitación (artículo 1053 del Código Civil.- "Las disposiciones establecidas para el usufructo son aplicables a los derechos de uso y de habitación, en cuanto no se opongan a lo ordenado en el presente capítulo."), los correspondientes a la patria potestad (artículo 443 del mismo Código.- "La patria potestad se acaba: I.- Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;...") , el mandato (artículo 2595 del Código Civil.- " El mandato termina: III.- Por la muerte del mandante o del mandatario;..."), los derechos políticos, los honoríficos, las posiciones jurídicas creadas en consideración directa a las cualidades, condiciones o aptitudes especiales del sujeto, y otros más; no podemos olvidar el carácter declarativo que contiene el testamento, sin pasar por alto a su vez, el constitutivo de derechos y obligaciones.

ELEMENTO CAUSAL.- Es la delación o vocación, que significa el llamamiento a suceder u ofrecimiento de la sucesión a la persona con derecho a ella por la voluntad expresa del testador, llamada delación testamentaria, o por la voluntad presunta del causante conocida como delación legítima.(artículo 1282 de nuestro Código Civil.- " La herencia se defiende por la voluntad del testador o por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria y la segunda legítima").

TIPOS DE LA SUCESIÓN "MORTIS CAUSA": Se distinguen, por sus efectos, en sucesión a título universal y sucesión a título particular, y, por su origen, en sucesión voluntaria, sucesión legal y sucesión mixta.

La diferencia entre sucesión universal y sucesión a título singular se distingue por como se recibe y no por cuánto se recibe, y éstas dan lugar a la aparición de las figuras del heredero y del legatario. Esta teoría con la salvedad de que si toda la masa hereditaria se distribuye en legados, todos los instituidos se considerarán como herederos. (artículo 1284 del Código Civil.- " El heredero adquiere a título universal...", artículo 1285.- " El legatario adquiere a título particular...", y el artículo 1286 que dice: " Cuando toda la herencia se distribuya en legados, los legatarios serán considerados como herederos."). Esto es, el heredero puede definirse como el sujeto que recibe a título universal los bienes de la sucesión, testamentaria o legítima, y el legatario es el sujeto que los recibe a título particular.

En cuanto a la clasificación hecha tomando en cuenta su origen, la sucesión por causa de muerte puede ser voluntaria, legítima o mixta.

La sucesión voluntaria surge de una manifestación expresa del causante, (generalmente testamento) y se le define como sucesión testamentaria; la legítima tiene su origen en la falta de un testamento válido, quedando sujeta al orden establecido por el legislador. La sucesión mixta es aquella que se presenta cuando el testador no dispone de la totalidad de sus bienes, dejando otros cuyo destino se resuelve según las reglas del intestado.(artículo 1282 del Código Civil).

Las teorías que defienden el derecho sucesorio, son diversas, pues lo fundan en el derecho de la propiedad individual y otras en el derecho de familia. Para el Maestro CASTÁN el problema de la fundamentación del derecho sucesorio no puede separarse del problema de la propiedad, en atención a que la sucesión hereditaria no es otra cosa que el modo de continuar y perpetuar la propiedad individual.⁵⁷

Pero no debemos olvidar que en el testamento se pueden instituir o no heredero(s), y sencillamente pueden declararse deberes o deseos, aunque su fundamento está en la necesidad de perpetuar los patrimonios más allá de los límites de la vida humana, pero esta necesidad, se funda, a su vez, en la necesidad de dar estabilidad a la familia y en la de dar fijeza a la economía social.

La facultad de transmitir la propiedad, por acto de última voluntad, constituye un aliento para el trabajo y da al propietario la garantía, tranquilizadora para cualquier persona, de que de este modo podrá atender, para después de su muerte, las necesidades de quienes se encuentran ligados a él. KIPP, opina que "la propiedad privada no se hallaría completa sin el derecho sucesorio, pues en

⁵⁷ CASTÁN TORRES JOSÉ. Ob. Cit. pp. 39 y 40

cuanto a los bienes que llegásemos a adquirir no seríamos gran cosa, simplemente usufructuarios vitalicios." ⁵⁸

AHRENS nos dice que el argumento decisivo en favor del derecho de testar se encuentra en la naturaleza racional y moral del hombre, proponiéndose y persiguiendo fines lícitos de beneficencia, de gratitud, de afección que se extienden frecuentemente más allá de la vida. Para DUGUIT "el derecho de testar se deriva del carácter absoluto de la propiedad" ya que el propietario titular de un derecho absoluto tiene lógicamente el poder de disponer de sus bienes durante su vida y después". ⁵⁹

El fundamento dogmático del derecho de disponer por testamento en opinión de MESSINEO, se basa en el respeto que se quiere tributar a la personalidad y voluntad humana, respeto que se extiende también al tiempo en que esta personalidad ha dejado de existir, en el supuesto de que dicha voluntad haya quedado firme. ⁶⁰

Refiriéndose al fundamento del derecho hereditario ha escrito ROTONDI, citado por MESSINEO en otra de sus obras; que este hecho, como institución, es el fruto de exigencias económicas y sociales y que cualquiera aprecia las múltiples influencias de las condiciones ambientales, económicas y espirituales, dentro de la actitud completa del derecho positivo. ⁶¹

La aspiración del hombre no es solamente la de atesorar medios económicos para su propia satisfacción, sino también para poder atender las necesidades de sus familiares, sobre todo de los de más próximo parentesco, tanto mientras viva, como después de su 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 sentido tan profundamente humano que negarlo resulta verdaderamente incomprensible. Situación ésta, que nos hace detenernos a recordar el argumento sostenido por la ya conocida teoría familiar, la cual busca siempre la protección del bienestar futuro de los integrantes del núcleo familiar, aun en ausencia del causante de la transmisión vía sucesión.

⁵⁸ Kapp. "Tratado de Derecho Civil", Traducción de Pérez González y Alguer, Tomo V, "Derecho de Sucesiones", Volúmenes I y II. Barcelona España 1951, pp. 40 y 41

⁵⁹ Ahrens. Citado por Kapp. Op.cit. ídem p. 66.

⁶¹ Messineo. "Manual de Derecho Civil y Comercial", Octava Edición. Volumen III, parte 2ª, pp. 423-460

⁶² Messineo "Derecho de Sucesiones por causa de muerte", Editorial Padova 1951. Buenos Aires Argentina, 1956. p. 380.

2.2. HERENCIA.

2.2.1. CONCEPTO.

La palabra herencia puede entenderse en sentido subjetivo y en sentido objetivo. En el primero, equivale a sucesión universal; en el segundo, a la masa de bienes y relaciones patrimoniales que son objeto de la sucesión, así, mientras el titular de un patrimonio vive, no puede hablarse de herencia. Por ello, se ha podido decir que herencia es el nombre que toma el patrimonio del causante de la sucesión "mortis causa"; lo que en vida del titular se llama patrimonio, a su muerte se convierte en herencia. La herencia es definida legalmente como la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte (artículo 1281 del Código Civil para el Distrito Federal).

La herencia es considerada por algunos civilistas como una persona moral. Esta tesis, desde el punto de vista legal mexicano, no es admisible. La herencia es, desde este punto de vista, una copropiedad y no una persona moral (artículos 1288 y 1289 del Código Civil vigente). **ART. 1288.- "A LA MUERTE DEL AUTOR DE LA SUCESIÓN, LOS HEREDEROS ADQUIEREN DERECHOS A LA MASA HEREDITARIA COMO A UN PATRIMONIO COMÚN, MIENTRAS QUE NO SE HACE LA DIVISIÓN."** y **ART. 1289.- "CADA HEREDERO PUEDE DISPONER DEL DERECHO QUE TIENE EN LA MASA HEREDITARIA, PERO NO PUEDE DISPONER DE LAS COSAS QUE FORMAN LA SUCESIÓN."**

COLIN y CAPITANT mantienen también este criterio diciendo que la transmisión de la sucesión a varios herederos hace nacer entre ellos una copropiedad denominada indivisión.^{*62}

Hasta cierto punto resulta lógico lo aseverado por los anteriores doctrinarios, sin embargo no podemos olvidar la posibilidad de que el caudal heredado sea designado solamente a una persona, y entonces ¿qué sucedería con ésta teoría?

2.2.2. TRANSMISIÓN DEL CAUDAL HEREDITARIO.

Podemos distinguir como etapas: 1.- La apertura de la sucesión. 2.- La delación o llamamiento de los sucesores (que suele coincidir con el de la apertura, excepto en los casos de delación sucesiva). 3.- Opción de los herederos (aceptación o repudiación).

APERTURA DE LA SUCESIÓN: Representa la fase inicial. La sucesión se abre en el momento en que muere el autor de la herencia y cuando se declara la presunción de muerte en un ausente. En otros tiempos la apertura de la

^{*62} Colin y Capitant. "Curso Elemental de Derecho Civil". Volúmenes VII y VIII "Sucesiones". Madrid España 1972. pp. 341-480

sucesión tenía lugar también por la muerte civil de la persona y por razones religiosas. A la muerte del autor de la sucesión, los herederos adquieren derecho a la masa hereditaria como a un patrimonio común, mientras que no se hace la división. (artículo 1288). Cada heredero puede disponer del derecho que tiene en la masa hereditaria, pero no puede disponer de las cosas que forman la sucesión. (artículo 1289).

DELACIÓN: El concepto de delación, referida a la sucesión por causa de muerte, no figura en el Diccionario de la Lengua Española, ni en el Código Civil para el Distrito Federal. Los civilistas la definen como la facultad actual y concreta concedida a una persona, en virtud de vocación hereditaria, para que acepte o repudie una herencia. Para ROJINA VILLEGAS la distinción entre estos dos momentos; el de la vocación como llamamiento virtual, en el caso de que el sujeto instituido heredero o legatario se entera de su designación pero aún no toma la decisión de aceptar o repudiar dicha designación; y el de la delación como llamamiento real, que es el momento en el que debe manifestar su decisión al respecto, tiene importancia no sólo procesal, sino también civil, dadas las consecuencias que esta determinación conlleva.⁶³

Existen dos formas de delación, la que se hace por voluntad del hombre, manifestada en testamento, y la que resulta de disposición de la ley. Es el momento de la decisión de los herederos o legatarios a aceptar o en su caso repudiar la institución.

2.3. EL TESTAMENTO

2.3.1. DEFINICIÓN LEGAL

La institución del testamento es considerada por la generalidad de los tratadistas como una de las más lentamente elaboradas en la historia de las instituciones jurídicas, adquiriendo su completo desarrollo e importancia hasta que fue regulada en el Derecho Romano. Recuerda CASTÁN al respecto, que: "en las primeras sociedades no existió sucesión testamentaria, ni siquiera derecho de sucesión, porque, o no estaba reconocido el derecho de propiedad individual, o lo estaba con un carácter temporal y revocable, que hacía que a la muerte del individuo volviera el patrimonio a la colectividad de la que procedía. Cuando aparece empieza con el carácter de sucesión necesaria y familiar, y, ordinariamente como transmisión del patrimonio indiviso".⁶⁴

La sucesión por testamento es en orden al tiempo de aparición, según CASTÁN, muy posterior a la legítima, porque la testamentaria presupone un desenvolvimiento de los conceptos jurídicos y reconocimiento de la propiedad

⁶³ Rojina Villegas. "Sucesión Legítima y Problemas Comunes a las Testamentarias e Intestadas." México, 1945. Página 49.

⁶⁴ Castán. Tobiasas José. Ob. Cit. pp. 640 y 641

individual (teoría de la propiedad) que no se encuentran en los pueblos primitivos (donde preponderaba la teoría familiar). MUCIUS SCEVOLA nos dice que el testamento es "un acto espontáneo solemne y revocable, por virtud del cual una persona, según su arbitrio y los preceptos de la ley dispone para después de su muerte, tanto de su fortuna como de todo aquello que en la esfera social en que vive, puede y debe ordenar en pro de sus creencias y de las personas que estén unidas a ella por cualquier lazo de interés."⁶⁵

Lo que caracteriza al testamento, más que un determinado contenido, es una forma que resulta necesaria o exigida "ad substantiam" por la ley para determinadas disposiciones "mortis causa" de carácter económico (herencia, legado), o familiar (por ejemplo, nombramiento de tutor), y que puede ser facultativamente empleada para la perfección de otros negocios jurídicos unilaterales (reconocimiento de hijo natural, reconocimiento de deuda, condonación de débitos, confección de cobros, etc.) que podrían ser realizados también en forma diversa de la testamentaria. La palabra testamento puede entenderse sin perjuicio de lo expuesto, en dos sentidos: como acto de última voluntad y como el documento en que esta voluntad se encuentra.

2.3.2. CONTENIDO DEL TESTAMENTO.

Los autores han debatido ampliamente acerca del contenido del testamento, habiendo formulado al respecto opiniones tan variadas como contradictorias.

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

El testamento, escribe a este respecto CLEMENTE DE DIEGO, "es algo más que una simple disposición de bienes : "es un acto de manifestación de soberanía individual, mejor aún de autonomía, por el que se cumplen deberes y se ejercitan derechos en el modo como podemos ejercitarlos y disponer de ellos". (artículos 1295 y 1296 del Código Civil.)"⁶⁶

Pero, no podemos olvidar que puede haber testamento sin disposición de bienes, como aquí en el que simplemente se revoque un testamento anterior, sin agregar otra disposición de bienes. El testador puede, en efecto, nombrar tutor testamentario, reconocer hijos, confesar deudas, aconsejar y orientar a sus familiares respecto a lo que sea conveniente para ellos hacer en relación con determinados negocios pendientes o con la educación de los hijos, disponer sobre su entierro, etc., expresiones de voluntad que, si bien no tienen todas la misma

⁶⁵ Mucius Scevola, citado por Casan Toboñas José. *Ib idem*, cita 37, p. 89

⁶⁶ De Diego Clemente. "Diccionario Jurídico, Tomo III, "Sucesiones", Barcelona España 1959, p. 415

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

Por eso se distingue entre contenido típico del testamento y contenido atípico. El típico está constituido desde luego, por las disposiciones de naturaleza patrimonial; mientras que lo atípico se constituye por las disposiciones carentes de esa naturaleza. Generalmente, en el testamento coexisten ambos contenidos. Concebirlo como simple acto de transmisión de bienes supone reducirle caprichosamente en su objeto.

2.3.3. NATURALEZA JURÍDICA DEL TESTAMENTO.

En torno a su naturaleza jurídica, se han dado diferentes explicaciones concibiéndolo como: un contrato, una obligación condicional, una impetración al poder público para que haga efectiva la transmisión de los bienes del causante, etc., pero es evidente que la calidad de acto jurídico unilateral, con las características que le atribuye nuestra legislación, es lo suficientemente satisfactoria para que no haya necesidad de buscar otra.

Al respecto se plantea si el testamento es un acto jurídico perfecto o simplemente un elemento de un acto jurídico. "Ha sido calificado como un acto o negocio imperfecto, cuya situación de hecho se complementa con la muerte del testador, sin embargo, esto nos parece equivocado. En apoyo de ello TRAVIESAS expresa que el testamento otorgado en las condiciones que la ley expresa no es proyecto, sino un acto jurídico completo".⁶⁷

A ese respecto recordamos que el negocio jurídico, mejor conocido en nuestro medio como acto jurídico, es un acto humano que lleva la intención de producir consecuencias o efectos de derecho, y que la Ley en ese sentido sanciona. Es la manifestación de la voluntad (ya sea unilateral o bilateral) encaminada a provocar efectos en el mundo jurídico; tales como crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones. El testamento es un negocio jurídico unilateral, pues es resultado o consecuencia del ejercicio de una voluntad, y del mismo modo la aceptación o repudiación del cargo de heredero o legatario serán considerados entonces, como un acto jurídico unilateral. Aunque podría decirse que en primera instancia es un negocio jurídico unilateral (creado por la voluntad del testador), y con posterioridad pasa a ser bilateral (con la aceptación del instituido); en mi opinión esto es erróneo, pues ambos actos se dan en momentos diferentes, son independientes, y tan es así que uno da nacimiento al otro.

Es un acto que se basa en la autonomía de la voluntad, y su contenido no es, meramente patrimonial; pues en él no sólo se pueden estipular derechos y

⁶⁷ Traviessas. "Sobre Derecho Hereditario, en revista de Derecho Privado." México, 1921, p. 2.

obligaciones encaminadas a transmitir determinado patrimonio, sino también declaraciones o reconocimiento de situaciones; y, para su formación no se exige necesariamente la aceptación al mismo, puesto que aunque el instituido por herencia o legado no acepte el cargo, nace a la vida jurídica y se proyecta al mundo jurídico al llamar a los presuntos herederos o legatarios, y la determinación que tomen éstos será un acto independiente al que le dio origen.

En base a esta serie de razonamientos, concluimos que el testamento no es sólo un proyecto que se perfecciona con la muerte del testador y aceptación del instituido, sino que desde que el primero manifiesta su voluntad se da la proyección al mundo del derecho y se crea el acto jurídico "Unilateral" perfecto. Además, debemos tener en cuenta que algunas declaraciones contenidas en el testamento tienen eficacia por sí mismas, a saber: reconocimiento de un hijo natural, nombramiento de un tutor, revocación de un testamento anterior, disposiciones relativas al funeral, etc.; y otras declaraciones exigen la previa aceptación. En este último sentido, y yendo en contra de lo sostenido en el párrafo anterior, DE BUEN opina que "el testamento constituye un elemento de una creación de derecho; pero, en cambio, en el primer aspecto, es un acto jurídico perfecto".⁶⁸

Al respecto CLEMENTE DE DIEGO establece que: el testamento no es un contrato "porque no hay convenio y el heredero cuando acepta, ya ha muerto el testador"; no es una impetración al poder público "porque siendo un acto legítimo según ley, basta con esto para que tenga la protección de la sociedad, sin necesidad de súplicas"; y no es una obligación condicional "porque el testador nada se obliga, ni con nadie se compromete al hacer testamento y le puede revocar cuando quiera".⁶⁹

2.3.4. CARACTERÍSTICAS DEL TESTAMENTO.

De la definición legal de testamento desprendemos como características el de ser personalísimo, revocable y libre. Debemos añadirle a estas características la de su "riguroso formalismo y su unilateralidad".⁷⁰

CLEMENTE DE DIEGO le clasifica así porque es una declaración de voluntad que no necesita para su perfección y efectos ninguna otra declaración que con ella coincida o se identifique, en lo que se distingue de los contratos que requieren aquel encuentro de voluntades, o sea el consentimiento.

Por el carácter personalísimo, "no pueden testar en el mismo acto dos o más personas, ya en provecho recíproco, ya en favor de un tercero." (artículo

⁶⁸ De Huan, "Notas sobre el Derecho Civil Español." Segunda Edición. Volumen VII. "De las Sucesiones". Madrid, España, 1951, pp. 56 y 57.

⁶⁹ De Diego Clemente. Ob. Cit. p. 715.

⁷⁰ De Diego Clemente. Ob. Cit. p. 732.

1296 del Código Civil) "ni la subsistencia del nombramiento del heredero o de los legatarios, ni la designación de las cantidades que a ellos correspondan pueden dejarse al arbitrio de un tercero." (artículo 1297 del mismo código). Sin embargo, "cuando el testador deje como herederos o legatarios a determinadas **clases** formadas por número ilimitado de individuos, tales como los pobres, los huérfanos, los ciegos, etc. puede encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deja para ese objeto y la elección de las personas a quienes deba aplicarse..." (artículo 1298), así como la distribución de las cantidades que a **cada uno** correspondan (artículo 1299 del Código Civil). Este carácter no obsta, y así sucede en la generalidad de los casos, para que el testador busque el consejo de un tercero, especialmente de un jurista en relación con el contenido y redacción del testamento, tarea encomendada generalmente al Notario Público. En estos casos el asesoramiento se sobreentiende; de ahí su recomendación.

Por el carácter revocable, puede cambiarse mientras viva la persona que lo ha otorgado, y ello no tanto por la unilateralidad, sino por su naturaleza "mortis causa", que supone que éste sólo adquiere, en la mayoría de los casos, "la consistencia propia del acto jurídico con la muerte del testador. La revocación puede ser expresa, tácita o material. La revocación expresa- que puede ser, a su vez total o parcial- requiere una manifestación inequívoca de voluntad; la tácita se deduce del otorgamiento de otro testamento posterior que contenga disposiciones incompatibles con las del anterior (es llamada también implícita), y la material se produce por la destrucción, hecha por el propio testador, de su testamento (en el caso del ológrafo). La renuncia de la facultad de revocar el testamento es nula (artículo 1493 del Código Civil). Precisamente por ser un negocio "mortis causa" o de última voluntad, del que únicamente se derivan efectos jurídicos o atribuciones de derechos a partir de la muerte del otorgante, por ello se dice que el testamento es, mientras el testador vive, una mera previsión o puro proyecto que a nadie asigna derechos actuales, ni vincula al otorgante a perseverar en su decisión, y de aquí la revocabilidad ilimitada del testamento, que sólo cristaliza como fuente de efectos jurídicos al morir el causante cual expresión de la última o postrera y definitiva voluntad de éste. Por el carácter de acto unilateral, de disposición tan sólo para un futuro "post mortem", rige como dogma en esta materia el principio romano: "voluntas hominis est ambulatoria usque ad mortem (la voluntad del hombre es mudable hasta la muerte)".

Carácter esencial es también que sea libre. Testamento libre es aquel que ha sido otorgado por la voluntad del testador no afectada por acción alguna, física o moral. (artículos 1295, 1485 y 1486 todos ellos del Código Civil). 1295.- "Testamento es un acto personalísimo, revocable y libre...." 1485.- "Es nulo el testamento que haga el testador bajo la influencia de amenazas contra su persona o sus bienes, o contra la persona o bienes de su cónyuge o de sus parientes." 1486.- "El testador que se encuentre en el caso del artículo que precede, podrá, luego que cese la violencia o disfrute de la libertad completa, revalidar su testamento con las mismas solemnidades que si lo otorgara de nuevo..."

Como característica anotamos su aspecto rigurosamente formal, puesto que necesariamente ha de otorgarse según la manera establecida por el legislador. No hay testamento sin formalidad preestablecida, por somera que ésta sea. Este acto jurídico es solemne y formal porque su existencia y validez están ligadas indudablemente a la observancia de ciertas formas especiales que no pueden ser suplidas ni modificadas por el otorgante. antes bien, están impuestas por el legislador como condición "sine qua non" para la existencia eficaz y válida del testamento.

Este formalismo se justifica por su trascendencia, porque puede abarcar la disposición de todo el patrimonio y porque está expuesto, como ninguno, a maquinaciones, máxime haciéndose como en ocasiones puede suceder, en momentos de poca salud, gran debilidad y otros. Las solemnidades de los testamentos son tan necesarias que sin ellas no existe verdaderamente este acto jurídico. No basta pues, para que el testamento exista, que se conozca la voluntad del testador, es preciso que esta voluntad se haya manifestado bajo cierta forma y llenando ciertos requisitos, es decir, en la forma y con los requisitos preestablecidos.

La rigurosa formalidad que exigen los Códigos Civiles en relación con el testamento no es, ciertamente, hija del capricho, sino que tiene un sólido fundamento; como se ve en la naturaleza misma del acto de última voluntad, en su trascendencia jurídico-económica y en la necesidad de garantizar eficazmente la prueba de la existencia de las disposiciones testamentarias

LIBERTAD DE TESTAR Y OBLIGACIÓN DE ALIMENTAR: La libertad de testar significa la posibilidad del testador de disponer de su patrimonio y transmitirlo a quienes le parezca más conveniente, sin traba alguna, salvo la obligación de dejar alimentos a las personas con quien tiene deber, según la ley. Nuestro Código Civil se inspira en el principio de la libertad de testar, desconociendo el sistema de las legítimas; que supone el reconocimiento, a determinados herederos llamados forzosos, de derecho a una porción de la herencia, por lo que el testador no puede disponer libremente de ella. El sistema de la libertad de testar fue implantado en México por el Código Civil de 1884 contrariando el sistema anterior establecido por el de 1870, que consagraba el de las legítimas. La única limitación impuesta al testador, en relación con la libre disposición de sus bienes, es la de dejar alimentos a personas determinadas por el propio ordenamiento legal.

No hay obligación de dar alimentos sino a falta o por imposibilidad de los parientes más próximos en grado. Tampoco existe esta obligación con respecto de las personas que tengan bienes; pero si teniéndolos su producto no iguala a la pensión que debería corresponderles, la obligación se reducirá a lo que falte para completarla. El Código Civil considera como irrenunciable el derecho a pedir alimentos. Este derecho no puede ser tampoco objeto de transacción, (artículos 1369, 1370 y 1372 del Código Civil). La obligación de dejar alimentos constituye,

realmente, un deber moral, al mismo tiempo que una obligación jurídica, cuya omisión convierte al testamento en inoficioso.

CAPACIDAD E INCAPACIDAD DE TESTAR: La capacidad para testar o testamentifacción activa, se encuentra reconocida por el Código Civil, a todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente. (artículo 1305 del aludido Código).

Según CASTÁN, las principales particularidades que ofrece la capacidad de testar en relación con la de otros actos jurídicos son las siguientes:

1.- No hay distinción entre la capacidad de goce y la de ejercicio, puesto que en el testamento la aptitud para testar va unida al ejercicio del derecho, sin que nadie pueda suplir la capacidad ni hacer testamento en nombre de otro, no admite la representación.

2.- Por lo general, las leyes establecen menos exigencias para la testamentifacción que para los actos "inter vivos", a causa de que estos últimos generalmente, por producir efectos inmediatos o irrevocables, pueden acarrear graves e irremediables perjuicios; mientras que el testamento, acto esencialmente revocable y destinado a tener efecto después de la muerte de su autor, mira más que nada a pagar los sentimientos de afecto y gratitud del disponente.

3.- Sólo son capaces de testamentifacción las personas individuales, pues las denominadas "morales", carecen de tal capacidad, y únicamente se les permite fijar en sus estatutos el destino de los bienes en caso de disolución, lo cual no es concederles la facultad de testar.⁷¹

Puede ser definida la capacidad para testar como la posibilidad de hacer testamento reconocida por la ley. La capacidad ha de tenerse al momento en que se otorga el acto de última voluntad, siendo irrelevante para su validez que se tenga o no, antes o después.

El derecho de testar es irrenunciable. El Código Civil lo expresa así de manera terminante, declarando la nulidad no sólo de la renuncia de este derecho, sino igualmente la de la cláusula en que alguno se obligue a hacer uso de él, sino bajo ciertas condiciones, sean éstas de la clase que fueren (artículo 1492 del Código Civil).

La facultad de testar no puede ser afectada por una condena de naturaleza penal. El artículo 1306 enlista los casos en los cuales se niega la posibilidad de testar, o se limita la capacidad para poder transmitir por testamento; y al no estar dentro de la lista esta situación, por exclusión se entiende que el delincuente o el que cometió algún delito podrá disponer de sus bienes por medio de testamento.

⁷¹ Castán Toñeñas Jose. Ob. Cit. pp. 85 - 90.

La capacidad para testar es una presunción que dura mientras no se destruya por medio de una prueba plena.

Están incapacitados de manera expresa los menores de 16 años, sin distinción de sexo, y quienes habitual o accidentalmente no disfruten de su cabal juicio. El Código Civil, fundado en la posibilidad de momentos de lucidez en los enfermos mentales, admite la validez del testamento del demente en tales casos, sujetándolo a determinados requisitos especiales, de acuerdo con las prescripciones establecidas al efecto en el Código Civil. (artículos 1803 al 1812); y aún así, es evidente que esta forma de testar ofrece serios peligros, por la dificultad que puede presentarse en relación con dicho estado mental por su difícil apreciación, aún para los especialistas en enfermedades de esta naturaleza.

Diremos entonces que genéricamente las incapacidades para testar se clasifican en absolutas y relativas. Las absolutas inhabilitan para el otorgamiento de cualquier clase de testamento, las relativas sólo para el otorgamiento de testamento en formas determinadas.

SUSTITUCIONES: La materia relativa a las substituciones ha sido de las más complejas del Derecho Civil, pero con el curso del tiempo ha ido simplificándose llegando entre nosotros a adquirir una extraordinaria sencillez, ya que de todas ellas ha quedado sólo reconocida expresamente la llamada "vulgar" y en la misma forma prohibida la fideicomisaria. El artículo 1472 de nuestro Código nos proporciona la definición legal de la institución: " Puede el testador sustituir una o más personas al heredero o herederos instituidos, para el caso de que mueran antes que él, o de que no puedan o no quieran aceptar la herencia." y el artículo 1473 habla de la prohibición de la substitución fideicomisaria. La substitución puede ser llamada segunda o ulterior institución de heredero o legatario. Ha sido definida como la disposición testamentaria en virtud de la cual una persona es llamada a suceder en defecto de otra o después de ella, en el derecho moderno, pueden reducirse, según DE BUEN, a dos tipos: "uno caracterizado por la substitución vulgar, en virtud del cual uno es llamado a una herencia en defecto de otro, y otro; caracterizado por la substitución fideicomisaria, en la cual uno es llamado a una herencia después de otro." *72

Con relación con estos diferentes tipos de substitución, se distingue entre la substitución directa y la indirecta, calificándose de directa aquélla que presenta su tipo más característico en la substitución vulgar, y de indirecta a la fideicomisaria. El Código Civil para el Distrito Federal no reconoce más forma de substitución que la vulgar, que podemos definir, de acuerdo con dicho cuerpo legal, como aquélla que se hace nombrando una o más personas al heredero o legatario instituidos, para el caso de que mueran antes que él. o de que no puedan o no quieran aceptar la herencia. (artículo 1472).

* 72 De Buen. Ob. Cit. p. 100.

De la sustitución vulgar se dice que es una institución condicional, conclusión a la que se llega cuando se conoce la circunstancia de que el sustituto es llamado para el caso de que se produzcan o no algunos de los hechos que se señalan como supuestos de la segunda designación. Los sustitutos pueden ser nombrados, según el Código Civil, conjunta o sucesivamente, y recibirán la herencia con los mismos gravámenes y condiciones con que debían recibirlos los herederos, a no ser que el testador haya dispuesto expresamente otra cosa, o que los gravámenes o condiciones fueren meramente personales del heredero. (artículos 1474, 1475 y 1476 del Código Civil).

No se reputa fideicomisaria la disposición en que el testador deja la propiedad del todo o de parte de sus bienes a una persona y el usufructo a otra, a no ser que el propietario o el usufructuario queden obligados a transferir a su muerte la propiedad o el usufructo a un tercero. (artículo 1479). Según el mismo Código Civil en su artículo 1483 dispone que la obligación que se imponga al heredero al invertir ciertas cantidades en obras benéficas, como pensiones para estudiantes, para los pobres o para cualquier establecimiento de beneficencia, no está comprendida en la prohibición de las fideicomisarias. (artículo 1482 del Código Civil.- "Se consideran fideicomisarias y, en consecuencia, prohibidas, las disposiciones que contengan prohibiciones de enajenar, o que llamen a un tercero a lo que quede de la herencia por la muerte del heredero, o el encargo de prestar a más de una persona sucesivamente cierta renta o pensión.") La nulidad de la sustitución fideicomisaria no importa la de la sustitución del heredero, ni la del legatario, teniéndose únicamente por no puesta o escrita.

2.3.5. MODOS Y DERECHOS DE ACRECER.

El derecho de acrecer puede definirse como aquél que corresponde a los coherederos llamados a heredar en cualquier forma de delación, de manera conjunta, esto es sin designación de partes, cuando uno de ellos por no querr o no poder hacerlo deja una porción vacante que debe ser distribuida entre los demás. Es indudable que puede manifestarse, bien por la voluntad del testador, bien por disposición legal expresa. Según el criterio de RUGGIERO, el derecho de acrecer "es posible tanto en la sucesión testada como en la intestada"⁷³, y en contrasentido, según la definición de ROGUIN, "sólo puede producirse en la testada".⁷⁴

El maestro CASTÁN TOBEÑAS entiende que "no habiendo pasado al derecho moderno las razones que justificaban el derecho de acrecer para los *jurisconsultos romanos*, tal institución no puede tener en nuestro tiempo otro fundamento que el llamamiento conjunto de herederos por la tácita o presunta

⁷³ Ruggiero y Marot. "Instituciones de Derecho Privado." Sexta Edición. Milán - Messina, 1943. Volumen I, página 370 y siguientes.

⁷⁴ Roguin. "Tratado de Derecho Civil Comparado. Las Sucesiones. Volumen V, París 1908-1912. p. 93

voluntad del causante y que por ello sólo se admite en los casos en que el llamamiento conjunto de los herederos hace posible semejante presunción".⁷⁵

De acuerdo con las disposiciones del Código Civil Español vigente, el derecho de acrecer procede en ambas formas de sucesión. En la testada se requiere: a) porción vacante (por muerte de uno de los llamados antes que el testador, por renuncia o incapacidad para recibir la herencia, por el incumplimiento de la condición impuesta a uno de los herederos y por la nulidad de la disposición testamentaria en favor de un heredero), b) inexistencia de sustituto, y c) conjunción de llamamientos, entendiéndose que hay conjunción siempre que no se fije una cuota para cada heredero que hagan a cada uno dueño de una parte determinada de bienes separados.

Por nuestra parte entendemos que, en ambas vías existe el derecho de acrecer, artículo 1381 del Código Civil.- " Los herederos instituidos sin designación de la parte que a cada uno corresponda, heredarán por partes iguales.", y 1610.- " Si sólo quedaren descendientes de ulterior grado, la herencia se dividirá por estirpes, y si en algunas de éstas hubiere varios herederos, la porción que a ella corresponda se dividirá por partes iguales". Entre los civilistas mexicanos, éste no es sin duda criterio unánime, por ejemplo, el maestro ROJINA VILLEGAS sostiene que no existe derecho de acrecer en las partes alicuotas de los demás herederos y que sólo cuando todos los herederos legítimos preferentes son herederos testamentarios habrá un acrecentamiento. Por su parte, el maestro Antonio de IBARROLA escribe al respecto: " No existe ya entre nosotros, en las testamentarias el derecho de acrecer".⁷⁶

2.3.6. INVALIDEZ, REVOCACIÓN, CADUCIDAD E INOFICIOSIDAD DE LOS TESTAMENTOS.

El testamento en su calidad de acto jurídico, con ciertas particularidades, es susceptible de ser afectado por idénticas causas de ineficacia que los demás actos de esta naturaleza. Por lo tanto, el concepto de invalidez, en relación con los actos jurídicos en general, es aplicable a este acto jurídico particular que denominamos testamento, aunque no sin ciertas restricciones. En el Derecho mexicano la ineficacia del testamento puede provenir de la nulidad, de la revocación o de la caducidad. La ineficacia del testamento puede ser originaria o coetánea al otorgamiento de última voluntad, por vicio inherente a su confección, o puede ser adquirida con posterioridad; los testamentos nacen ineficaces o se hacen.

El Código Civil hace referencia tanto a la nulidad del testamento (artículo 1485) como a la de la institución de heredero o legatario (artículo 1484).

⁷⁵ Castán Tobeñas Jose . Ob. Cit. p.721.

⁷⁶ De Ibarrola Antonio. "Cosas y Sucesiones." Editorial Porrúa, S.A., Quinta Edición. México 1981. p 273.

En materia de testamentos, según jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no debe decretarse la nulidad sino cuando conste que la voluntad del testador ha sido alterada o, al menos, haya duda fundada acerca de ello, o cuando falten requisitos importantes de forma. Y para apoyar lo sostenido, transcribiré algunas jurisprudencias del Semanario Judicial de la Federación.

La primera, del Tomo XXII, Quinta Época, a fojas 111: **"NULIDAD.-** Cuando se decreta alguna nulidad que afecte actos de contratos entre vivos, las partes interesadas pueden rehacer lo declarado nulo, pero cuando afecte una disposición testamentaria, es imposible que el vicio se corrija, y queda sin efecto la voluntad del testador, principal ley de la herencia, substituyéndola con los mandatos del legislador, que aún teniendo como base la presunta voluntad del autor de la herencia, suelen no sólo separarse de ella, sino estar en abierta contradicción; por lo cual, en materia testamentaria no debe decretarse la nulidad sino cuando conste que la voluntad del testador ha sido alterada o, al menos, haya duda fundada acerca de ello, o cuando falten requisitos importantísimos de forma o los que sean indispensables para que exista la seguridad completa de que el testamento contiene la genuina voluntad del testador."

La segunda, correspondiente al Tomo XXI, misma época, página 968 : **"NULIDAD.-** La materia de nulidad es de estricto derecho y más aún tratándose de testamentos, por la imposibilidad de que los vicios de que adolecen, se corrijan por quien los otorgo. En materia testamentaria no debe decretarse la nulidad, sino cuando conste que la voluntad del testador ha sido alterada, o al menos, haya duda perfectamente fundada acerca de ello y cuando falten requisitos importantísimos de forma, esto es, de aquellos que se exigen como del todo indispensables para que haya la seguridad de que el testamento contiene la genuina voluntad del testador."

Una tercera, Tomo LVII, página 309 : **" TESTADOR PRUEBA DE LA INCAPACIDAD DEL. (Legislación del Estado de Querétaro, Tercera Sala).-** Si bien es cierto que el dicho de unos testigos, ni por sí solo ni robustecido con las declaraciones rendidas por facultativos, son bastantes para considerar demostrado que el testador se encontraba en estado de enajenación mental, cuando otorgó el testamento cuya nulidad se demanda, tal circunstancia no implica la concesión del amparo, cuando la sentencia que declara la nulidad del testamento, queda ampliamente fundada por otros hechos debidamente demostrados, como son la de que el testador no gozaba de libertad en el momento de testar, y principalmente, que no sabía leer ni escribir, por lo que, de acuerdo con el artículo 3515 del Código Civil del estado de Querétaro, era inhabil para otorgar testamento cerrado, y nulo el que otorgó en esa forma."

Transcribimos otra relativa a la Séptima Época, Noveno Volumen, Cuarta Parte, página cuarenta y cuatro: **" TESTAMENTO NULIDAD. (Legislación del Estado de Puebla) .-** La formalidad del testamento es un requisito de validez que tiende a imprimir la mayor certeza a la manifestación de la voluntad del testador, que se ha hecho constar en un documento, lo cual es lógicamente

explicable si se tiene en cuenta que la disposición testamentaria empieza a surtir todos sus efectos jurídicos a partir de la muerte del otorgante, o sea, cuando éste ya no está en la posibilidad de oponerse a lo asentado por el notario, de subsanar sus omisiones, o de ratificar el acto. Es por esto que **para salvaguarda de la seguridad jurídica, en la elaboración del testamento**, el Código Civil de Puebla, en su artículo 3312, sanciona con la nulidad del testamento el que se haya hecho en contravención a lo dispuesto por el mismo ordenamiento, en el título III, del libro IV."

En cuanto al testamento cerrado, citamos otra de la Séptima Época, Volumen doscientos diecisiete al doscientos veintiocho. Séptima Parte, página doscientos cincuenta y cuatro: **"TESTAMENTOS CERRADOS. FORMALIDADES EN LOS .- La validez de la voluntad manifestada en el testamento público cerrado, se hace depender, también de la escrupulosa observancia de las formalidades que la Ley señala**, y la falta de cualquiera de ellas se sanciona con la privación de efectos de esa voluntad, o sea, con la nulidad del testamento, por lo que es inadmisibles que debe entenderse más a la substancialidad de la disposición testamentaria, que a las formalidades externas del documento, ya que se trata de un acto solamente formal."

Y bajo el mismo rubro está la decretada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sexta Época. Volumen XIII, página 356 cuyo título y texto son: **"TESTAMENTOS CERRADOS, FORMALIDADES EN LOS .- La validez de la voluntad manifestada en el testamento cerrado, se hace depender de la escrupulosa observancia de las formalidades que la Ley señala**, y la falta de cualquiera de ellas se sanciona con la privación de efectos de esa voluntad, o sea con la nulidad del testamento, por lo que es inadmisibles que debe atenderse más a la substancialidad de la disposición testamentaria que a las formalidades externas del documento."

Por último, transcribimos otras dos de la propia Tercera Sala, Quinta Época, Tomo XLV, la primera de ellas en la página 5605 y la otra en la 5469, cuyos rubros y textos son : **"TESTAMENTOS, NULIDAD DE LOS.- Las disposiciones del Código Civil del Distrito Federal de 1884, adoptado en el Estado de Tamaulipas, sanciona con la nulidad, los testamentos, cuando en su otorgamiento no se han observado las disposiciones de forma y de fondo previstas en el mismo Código. La materia de nulidad es de estricto derecho y más aún tratándose de un testamento, por la imposibilidad de que los vicios de que adolece se corrijan por quien lo otorgó; y no debe decretarse esa nulidad, sino cuando consta que la voluntad del testador ha sido alterada o cuando menos halla un fundamento acerca de ello, o cuando falten requisitos esenciales de forma, o sea, de aquellos que se exigen como del todo indispensables para que exista la seguridad de que el testamento contiene la voluntad genuina del testador.** Las faltas que invalidan el testamento, no producen necesariamente su nulidad, pues los interesados, únicos a quienes corresponde promover cuestiones ante los tribunales acerca de su validez, pueden aceptarlo o respetarlo y cumplirlo de común acuerdo, como si el

testamento estuviese revestido de todos los requisitos legales, por lo que de las disposiciones de la Ley y de la naturaleza de la institución, se infiere que no existe acción popular para promover la nulidad de un testamento, ya que sólo los que tengan interés en la herencia del testador, tienen acción para pedir la nulidad del testamento, interés que, de acuerdo con la doctrina, debe ser pecuniario, salvo los casos en que la Ley se contenta con un interés moral, siendo interesados, generalmente, los herederos excluidos por el testamento." Y " **TESTAMENTOS, NULIDAD Y REVOCACIÓN DE LOS** .- El Capítulo Noveno del Título Segundo del Libro Tercero del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Distrito Federal, se ocupa precisamente de la nulidad y de la revocación de los testamentos, y desde luego se observa que **todas las acciones de nulidad que, según el citado título deben ejercitarse, reconocen como causa, las que se refieren a defectos de forma del testamento y a vicios de la voluntad del testador, ya porque éste se encuentre bajo la influencia de amenazas, ya porque se halle cohibido de alguna forma, ya porque se haya usado de fraude para captar sus intenciones, o ya porque no las haya expresado con la claridad debida.** También se establece la nulidad para el caso en que se haya infringido las formas prescritas por la Ley y para cuando el testador no exprese cumplida y claramente su voluntad; pero en ninguno de estos casos se encuentra comprendida la circunstancia de que el testador hubiese dispuesto de determinados bienes que no le correspondían, ..."

En cuanto a los testamentos, son nulos:

a) El que haga el testador bajo la influencia de amenazas contra su persona o sus bienes, o contra la persona o bienes de su cónyuge o sus parientes. (artículo 1485). En este caso, el testador podrá, luego que cese la violencia o disfrute de libertad completa, revalidar su testamento con las mismas solemnidades que si lo otorgara de nuevo. De lo contrario, será nula la revalidación (artículo 1486). El Código Civil al admitir esta posibilidad legal incurre en un error de calificación, pues lo que en tal caso sucederá no será efecto de una revalidación verdadera, sino la formulación de nueva disposición de última voluntad, que no revalidará la anterior, sino que, la sustituirá, revocando el anterior testamento.

b) El captado por dolo o fraude; (artículo 1487.).

c) Aquél en que el testador no exprese cumplida y claramente su voluntad, sino sólo por señales o monosílabos en respuesta a las preguntas que se le hagan; (artículo 1489.).

d) El otorgado en contravención a las formas prescritas por la Ley, (artículo 1491).

El Código Civil establece de manera expresa e inequívoca que el testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que éste deba ser nulo conforme a la ley. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha

manifestado en relación con los efectos que produce la nulidad de un testamento: "Al declararse la nulidad de un testamento, ésta tiene que retrotraerse, en cuanto a sus efectos, hasta la fecha y momento de la muerte del testador, y no teniendo existencia legal la sucesión testamentaria, quienes de ella recibieren en adjudicación algunos bienes lo reciben de una personalidad que no existe, aun cuando aleguen que los han recibido en calidad de pago, pues para que lo haya debida o indebidamente, es indispensable la existencia de una obligación y de un obligado, y por virtud de la nulificación del testamento, desaparece la persona obligada. Destruída la personalidad de la sucesión testamentaria, por la declaración de nulidad, quedan igualmente destruidas las escrituras otorgadas en favor de los adquirentes de los bienes de la sucesión, sin que esto quiera decir que no sea necesario que la autoridad judicial haga la declaración de nulidad en esos títulos; pero hay que tener en cuenta que nuestra legislación no exige que esa nulidad sea declarada en juicio previo y, por lo tanto, bien puede intentarse en un mismo juicio la acción reivindicatoria y la de nulidad de la escritura del adquirente".⁷⁷

Al abordar el tema de la nulidad de los testamentos habría que aclarar que, respecto a ella, carece de aplicación la distinción entre inexistencia y nulidad a que se hace referencia tratándose de los actos jurídicos en general, pues frente a los actos de última voluntad la palabra nulidad, como se reconoce por los civilistas más autorizados, tiene un sentido autónomo y absoluto, que significa que el testamento nulo no produce efectos y que no es en modo alguno susceptible de ser confirmado ni expresa ni tácitamente, dada la naturaleza de dicho acto. El testamento puede ser, simplemente válido o nulo.

CADUCIDAD: La caducidad, como institución jurídica, opera en esferas muy diferentes del mundo del derecho, teniendo una especial consideración en relación con los testamentos. La caducidad de los testamentos consiste en la pérdida de su eficacia por causas extrañas a la voluntad de los testadores. Las disposiciones testamentarias caducan (artículo 1497), y quedan sin efecto en lo relativo a los herederos y legatarios:

- a) Si el heredero o legatario muere antes que el testador o antes de que se cumpla la condición de que dependa la herencia o el legado;
- b) Si el heredero o legatario se hace incapaz de recibir;
- c) Si renuncia a su derecho.

A las causas de caducidad que quedan expuestas, habría que agregar aquellas establecidas expresamente en el Código Civil con referencia a los testamentos especiales.

⁷⁸ Semanario Judicial de la Federación, Suplemento de 1973, p. 135.



La calificación de inoficioso recae sobre el testamento en que el testador no previó la pensión alimenticia que debe otorgar a las personas a que se refiere el artículo 1368. La inoficiosidad del testamento supone la ineficacia del mismo en aquella parte que produzca la pretensión, es decir, su ineficacia parcial, pues el preterido tendrá tan sólo derecho a que se le dé la pensión que le corresponda, subsistiendo el testamento en todo lo que no perjudique ese derecho. (artículo 1375), con la salvedad prevista en el artículo 1377 del citado código.

ACTUAL INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO: El testamento como acto jurídico precisa ser interpretado para el exacto conocimiento de la voluntad del testador. Se han expuesto múltiples reglas de interpretación testamentaria, sin embargo, en el fondo son las mismas utilizadas para la interpretación de las leyes y los contratos. En el testamento hay que averiguar el contenido de una sola voluntad. Las expresiones usadas por el testador, dice TRABUCCHI, han de interpretarse "naturaliter" y no "civiliter", esto es, no en el sentido técnico jurídico, sino en el significado que presumiblemente tenían las palabras empleadas en la mente del "de cuius." * 79

El Código Civil para el Distrito Federal contiene, entre los preceptos relativos a la institución de herederos, algunos de naturaleza interpretativa. Los testamentos no se deben interpretar teniendo únicamente en consideración palabras o frases aisladas, sino tomando en cuenta la voluntad del autor expresada en el conjunto de su declaración.

2.4. ESPECIES DE TESTAMENTOS.

[El testamento reviste diferentes formas. El Código Civil, desde el punto de vista formal, clasifica los testamentos en ordinarios y especiales. (artículo 1499). La definición de estas formas de testamento presenta, variedad de dificultades. De acuerdo con el criterio de CASTÁN, " los testamentos comunes u ordinarios son los que la ley regula para que sean otorgados en las circunstancias y con las formalidades normales; y testamentos especiales o excepcionales - mal llamados también, privilegiados - son los que se establecen para situaciones de excepción (en que no sería posible hacer uso de las formas comunes de testar) y que requieren, unas veces más y otras menos solemnidades que las ordinarias". * 80

En el apartado de Testamentos Ordinarios (artículo 1500), antes de las reformas a la ley del Notariado y al Código Civil de enero de 1994, aparecían: a) Público Abierto. b) Público Cerrado. y c) Ológrafo; con dichas reformas se instauró la figura del "Testamento Público Simplificado". No cambió el apartado de Testamentos Especiales. Como su nombre lo indica, los ordinarios son los normales y comunes, constituyen una manera normal de testar, al alcance en

* 79 Trabucchi Alberto. " Instituciones de Derecho Civil." "Instituciones de Derecho Civil." Tomo II Editorial Padua, 1952 p. 393.

* 80 Castán Tobeñas Jose. Ob. Cit. p. 79.

principio, de cualquier persona, y valen, cualquiera que sea el tiempo que transcurra entre su otorgamiento y el fallecimiento del testador, siempre que no lo haya revocado. En cambio, los testamentos especiales conservan su vigencia sólo breve tiempo, luego que la situación de excepción haya pasado. Las varias formas de testamento establecidas por el legislador, no tienen ningún orden jerárquico entre sí. En realidad cualquier testamento puede ser revocado por otro, sin consideración a la forma que ambos revistan. Negar esto equivaldría a poner un obstáculo injustificado a la efectividad del principio legal de la revocabilidad de los testamentos, admitido por todas las legislaciones

2.4.1. TESTAMENTOS NOTARIALES.

Los testamentos podemos clasificarlos también en notariales y no notariales, según intervenga o no notario público en su otorgamiento, pero, ¿Qué es un Notario?

Atendiendo al artículo diez de la Ley del Notariado para el Distrito Federal "Notario es un Licenciado en Derecho investido de fe Pública, facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley a los instrumentos en que se consignen los actos y hechos jurídicos. El notario fungirá como asesor de los comparecientes y expedirá los testimonios, copias o certificaciones a los interesados conforme lo establezcan las leyes. La formulación de los instrumentos se hará a petición de parte."

Su función consiste en escuchar, interpretar y aconsejar para posteriormente preparar, redactar, certificar, autorizar y reproducir el instrumento. Para poder interpretar, el notario escucha para descubrir los deseos o necesidades del cliente y así estar en aptitud de aconsejar y dar solución al caso planteado. Su capacidad, preparación jurídica, conocimiento y experiencia son fundamentales para ello. Recabará la documentación necesaria para poder dictar el instrumento de manera clara, concisa y propia, utilizando un lenguaje jurídico sencillo. Las cláusulas llevarán consigo la sabiduría legal y responsabilidad profesional; el notario cuidará que no se declare verdadero lo que no lo sea, y que en el documento prevalezca el orden jurídico y la buena fe.

El acto de certificar es dar fe adecuando la función notarial al caso particular. En este momento, manifiesta el contenido de su fe pública que es:

- " - Fe de existencia de los documentos relacionados con la escritura.
- Fe de conocimiento, de los comparecientes.
- Fe de lectura y explicación del instrumento.
- Fe de la capacidad de los otorgantes y
- Fe de otorgamiento de la voluntad ".⁸⁵

* 81 Pérez Fernández del Castillo Bernardo. "Derecho Notarial" Editorial Porrúa. S.A. México, D. F., 1993. pp. 163 y 166

El Licenciado PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO explica que el acto de autorizar consiste en el acto de autoridad del notario, está convirtiendo en auténtico dicho documento con sus facultades como fedatario público, con ello da eficacia jurídica al acto y permite que las circunstancias asentadas produzcan los efectos de prueba plena.⁸²

La Institución del notario cumple plenamente con los ideales de seguridad jurídica, comenzando con su actividad examinadora, continuando con la reproducción y conservación de documentos hasta la certificación y autorización de los mismos; y con todo ello podemos calificar al Notario y su actuación como: imparcial, con espíritu conciliador, discreción profesional, equitativo, así como con preparación técnica jurídica. La actividad fedataria del Notario se realiza en nombre del Estado y dentro del marco jurídico establecido por la ley. Testamentos notariales, de acuerdo con la participación que les da el Código Civil para el Distrito Federal, son el público abierto, el público cerrado y el público simplificado.

En los testamentos ante notario - de acuerdo con el criterio de la Primera Sala del Tribunal Superior de Justicia- deben distinguirse los **requisitos solemnes** y los que son de verdadera **forma**. En apoyo a lo anterior citaremos la tesis de jurisprudencia dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, localizable en el Semanario Judicial de la Federación correspondiente al Tomo XXII, Quinta Época, página ciento doce, cuyo rubro y texto es el siguiente: " **TESTAMENTOS**.- En ellos, como en todo acto notarial, debe distinguirse entre los **requisitos solemnes**, y los que son de verdadera **forma**, y es **acto solemne** aquel cuya gravedad lo hace del todo serio y respetable, rodeándolo de **formalidades** impresionantes, por lo cual no tiene la misma importancia que el notario escriba o no, las cláusulas de un testamento, que el que, en compañía de los testigos instrumentales, en su caso y en presencia del testador, en voz alta, y con la representación de sus funciones públicas, dé lectura al testamento, y concluida ésta, el testador manifieste su conformidad; lo primero es un detalle de **forma**, que si falta, no trae consigo la nulidad; lo segundo es una verdadera **solemnidad** que no se puede dispensar, y que si se omite, hace nulo el testamento. El Consejo de Notarios de la Ciudad de México, después de maduras discusiones, llegó a la conclusión siguiente: "el Notario puede escribir o hacer escribir por otro, el testamento abierto". "⁸³

El testamento hecho por mexicanos en país extranjero puede ser notarial o no notarial, dado que puede hacerse ante un notario del país en que se encuentren o ante los funcionarios competentes del servicio exterior.

⁸² Pérez Fernández del Castillo. Bernardo. Ob. Cit. Pp. 327 y 328.

⁸³ Semanario Judicial de la Federación. Tomo XXII, Quinta Época, página 112. Sesión Plenaria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. PRECEDENTE.- Amparo Directo.- Huro Amado de.- 14 de enero de 1928.

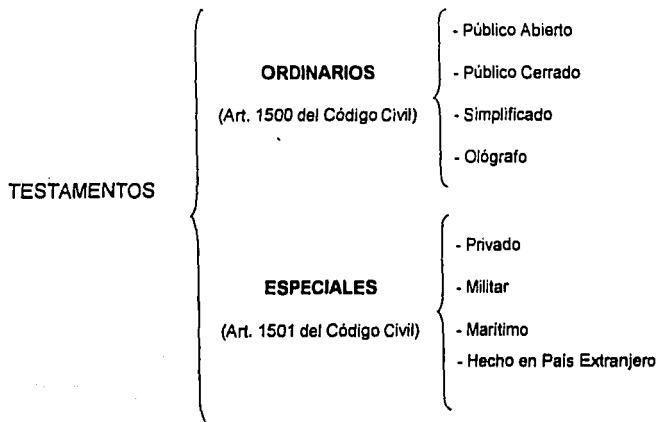
2.4.2. TESTAMENTOS NO NOTARIALES.

Los testamentos no notariales son todos aquellos en los que, con arreglo al Código Civil para el Distrito Federal, no interviene el notario y deben considerarse como especiales, es decir, el privado, el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero, más el ológrafo, que figura entre los ordinarios.

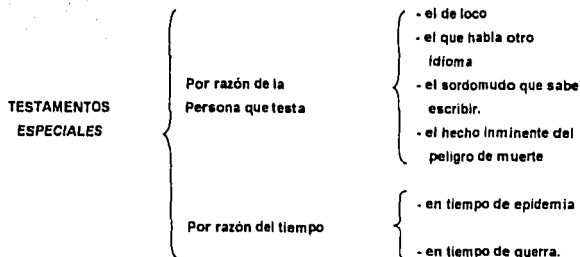
Para nosotros, los testamentos rigurosamente notariales son el público abierto y el público simplificado, dado que se otorgan ante notario, pues en el público cerrado su intervención se limita a dar fe de que el documento que contiene la última voluntad del testador se halla en el sobre y redactará un acta haciendo constar esta circunstancia.

2.4.3. TESTAMENTOS REGULADOS EN NUESTRO DERECHO VIGENTE.

Como se mencionó en líneas precedentes, el Código Civil clasifica a los testamentos en cuanto a su forma de la siguiente manera:



Con base en sus características, clasificamos a los Testamentos especiales de la siguiente forma:



2.4.4. ORDINARIOS

TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO (Regulado en nuestro Código Civil en sus artículos del 1511 al 1520.): Este testamento se otorga en presencia de *Notario, ante quien el testador manifestará su voluntad y de acuerdo con ella, se redactará el testamento, mismo que leerá en voz alta para que el testador lo escuche y manifieste su conformidad, firmarán el testador y fedatario público el instrumento. En el protocolo se asentará el lugar, año, mes, día y hora en que el testamento se otorgó. Los sordos, ciegos o extranjeros que desconozcan el idioma español, podrán elaborar testamento público abierto con las prevenciones de Ley.*

TESTAMENTO PÚBLICO CERRADO (Contemplado en nuestra legislación por los artículos del 1521 al 1549.) En esta otra modalidad de testar se observa que: puede ser escrito por el testador de puño y letra o por otra persona a su ruego, todas las hojas irán rubricadas y al final firmada por el testador, si fue otra la persona que firmó por el testador ésta deberá presentarse a la entrega del pliego cerrado. El testamento se entrega al notario en un sobre que deberá ir cerrado, lacrado y con la firma del testador y del Notario. Al momento de la entrega, el testador declarará que ese pliego contiene su última voluntad. El Notario dará fe de la entrega del documento que el testador afirma es su testamento, cerrado y autorizado el documento, se devuelve al testador. Este testamento también es llamado escrito y se otorga escribiendo el testador su voluntad bajo cubierta sellada.

El Notario asentará en el protocolo el lugar, hora, día, mes y año en que el testamento fue autorizado y entregado. El testador puede conservar el testamento

en su poder, o darlo en guarda a persona de su confianza o depositarlo en el Archivo Judicial. Cuando el testador muera y el Juez reciba un testamento cerrado, hará comparecer al Notario que concurrió al otorgamiento para que reconozca su firma y la del testador, declararán, si es el caso, que el testamento está cerrado y lacrado como en el acto de la entrega. Los sordomudos, sólo sordos o sólo mudos pueden elaborar testamento público cerrado con las prevenciones y formalidades de Ley.

TESTAMENTO OLÓGRAFO (El Código Civil lo detalla del artículo 1550 al 1564): Este deberá ser escrito de puño y letra del testador, y deberá estar firmado por él, con expresión del día, hora, mes y año en que se elabora; lo pueden otorgar sólo los mayores de edad. La fecha hace juzgar sobre la capacidad y para el caso en que haya varios testamentos, subsistirá el más reciente; y con una sola palabra puesta por mano extraña se incurre en nulidad.

Se redactará por duplicado y en cada ejemplar se imprimirá la huella digital del testador. El original, en sobre cerrado, sellado y lacrado, se depositará en el Archivo General de Notarías. El encargado del archivo recibirá el sobre, anotará que contiene la última voluntad del interesado según lo afirma el mismo y lo archivará. El duplicado, también cerrado en un sobre lacrado y con la nota de la cubierta y anotaciones de Ley, queda en poder del testador. En los dos sobres se pondrá el lugar y la fecha en que se hace el depósito y las firmas del testador y del encargado de la oficina. Hecho el depósito, el encargado del Archivo tomará razón de él.

Muchos autores objetan el testamento ológrafo por las siguientes razones:

- 1.- Se presta a la falsedad y fraude.
- 2.- Porque no deben otorgarse facilidades en detrimento de las garantías que deben tener los actos de esa naturaleza.
- 3.- La relativa facilidad de la desaparición en las legislaciones que, a diferencia de la nuestra, NO EXIGEN EL DEPOSITO. Nuestro Código exige el depósito, lo cual sólo somete la eficacia del testamento a un acto posterior y accesorio.

Este tipo de testamento NO puede ser otorgado por personas que NO saben leer o no pueden hacerlo. (artículo. 1530 del Código Civil).

Desde luego, la más grande desventaja es el hecho de que, inevitablemente, se seguirá el trámite judicial.

El Juez ante quien se tramite el juicio sucesorio, pedirá informes al encargado del Archivo General de Notarías, acerca de si en su oficina se ha depositado algún testamento ológrafo para que, en su caso, le sea remitido. Sólo

cuando el original depositado haya sido destruido o robado, se tendrá como formal testamento el duplicado. Cualquier alteración en el texto de las anotaciones hechas en el sobre que contiene el original, o en el duplicado, en su caso, o que el sobre se encuentre roto o violado, acarrea su nulidad.

2.4.5. ESPECIALES

TESTAMENTO PRIVADO (Regulado en los artículos 1565 al 1578 del Código Civil): Se permite en circunstancias especiales, cuando el testador sea *atacado de enfermedad tan violenta y grave que no dé tiempo para concurrir ante Notario, no haya Notario en la población o Juez que lo sustituya, o habiéndolos no puedan acudir al otorgamiento; entren en campaña o se encuentren prisioneros los militares o asimilados al ejército.* Se otorga con declaración de la última voluntad del testador ante cinco testigos, si el testador no puede o no sabe escribir, uno de los testigos redactará por escrito esta declaración en presencia de los demás. En casos de suma urgencia bastarán tres testigos, y no será necesario redactar el testamento por escrito si los testigos no saben escribir. Después de la muerte del otorgante los testigos deberán declarar ante el Juez: cuales fueron las disposiciones del testador, lugar, día, hora, mes y año en que se otorgó el testamento; si reconocieron, vieron y oyeron claramente al testador, y si éste se encontraba en su juicio y libre de cualquier coacción; el motivo por el que otorgó testamento privado y si saben que el testador falleció o no de enfermedad o peligro en que se hallaba y sin que hubiera posibilidad de mejorar la forma de su testamento. Si los testigos fueron idóneos y estuvieron conformes en las circunstancias exigidas por la ley, el Juez declarará que sus dichos son el formal testamento de la persona de que se trate.

El testamento privado sólo surtirá efectos si el testador fallece de la enfermedad o del peligro en que se hallaba, o dentro de un mes de desaparecida la causa que lo autorizó.

TESTAMENTO MILITAR (Detallado en los artículos del 1579 al 1582): Lo pueden otorgar los militares, los asimilados al ejército y los prisioneros de guerra; *oralmente en presencia de dos testigos, antes de entrar en acción de guerra o estando heridos en el campo de batalla.* También lo pueden otorgar entregando a los testigos sus últimas disposiciones por escrito en pliego cerrado y firmado de su puño y letra.

A la muerte del militar o asimilado, el sobre será entregado al jefe de la corporación a la que pertenecía el testador y éste lo remitirá a la Secretaría de la Defensa Nacional, para que lo haga llegar a la autoridad judicial. Si lo otorgó oralmente, los testigos que recibieron las disposiciones, instruirán de ellas al jefe de la corporación, quien a su vez dará parte a la Secretaría de la Defensa Nacional y ésta a la autoridad judicial, a fin de que se cumplan los deseos del militar muerto.

TESTAMENTO MARÍTIMO (Regulado en el Código Civil en los preceptos del 1583 al 1592) Los que se encuentran en alta mar, a bordo de barcos de la Marina Nacional, sean de guerra o mercantes, pueden otorgar este testamento. Se elaborará por escrito, por duplicado y ante dos testigos en presencia del capitán del barco; si es éste quien lo otorga, se requerirá la presencia de dos de abordo. El testamento se conservará dentro de los papeles más importantes de la embarcación y de él se hará mención en la bitácora de navegación; al llegar a puerto extranjero, el capitán entregará un ejemplar del testamento al Agente Diplomático, Cónsul o Vicecónsul mexicano, y posteriormente, al arribar a puerto nacional, entregará el otro ejemplar a la autoridad marítima del lugar. Estas autoridades levantarán luego que reciban los ejemplares referidos, un acta de la entrega, que remitirán con los ejemplares a la Secretaría de Relaciones Exteriores, la cual publicará en los periódicos la noticia de la muerte del testador, para que los interesados promuevan la apertura del testamento. Este testamento será válido si el testador fallece en el navío durante el viaje, o dentro de los treinta días a contar del de su desembarco en cualquier puerto.

TESTAMENTO HECHO EN PAÍS EXTRANJERO (Detallado en el Código Civil en sus artículos del 1593 al 1598) Producirá efecto en el Distrito Federal cuando haya sido formulado de acuerdo con las leyes del país en que se otorgó. Los Secretarios de la legación, Cónsules o Vicecónsules mexicanos pueden desempeñar funciones notariales o de receptores de los testamentos de las naciones en el extranjero, cuando las disposiciones testamentarias deban tener su ejecución en el Distrito Federal. Los mencionados funcionarios remitirán copia de estos testamentos a la Secretaría de Relaciones Exteriores, para que los haga llegar a la autoridad judicial correspondiente, en el caso del ológrafo al Archivo General de Notarías. El papel en que se extiendan los testamentos otorgados ante agentes diplomáticos o cónsules, llevará el sello de la legación o consulado respectivo.

TESTAMENTO PÚBLICO SIMPLIFICADO. (Actualmente regulado en el Código Civil en su artículo 1549 Bis) A reserva de tratarlo con mayor detenimiento líneas adelante, aquí brevemente anotaremos que podríamos llamarle "Testamento Popular", su forma es muy compleja; consiste en que al momento de adquirir un bien, o en acto posterior, destinado a vivienda o que vaya a destinarse a ese fin, el interesado podrá designar al o a los legatarios a quienes se les transmitirán a su muerte. Debe quedar claro el hecho de que dispone de ese bien, mas no de toda la masa hereditaria.

No se designa albacea, no hay herederos y sólo podrá versar sobre viviendas o inmuebles destinados a uso habitacional; y algo muy importante, esta vivienda no deberá exceder del valor resultante de 25 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de adquirir dicho inmueble, ésta es la regla general; y la excepción, como veremos en líneas posteriores, es en los casos de regularización de la tenencia de la tierra, en donde no importa el monto del valor del inmueble.

Esta nueva figura se adicionó al Código Civil vigente para el Distrito Federal por reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el seis de enero de mil novecientos noventa y cuatro.

Cuando se caracterizó el testamento, se resaltó que el mismo es un acto solemne, por tanto, debe hallarse revestido de todas las formalidades de ley para que exista como tal. Los distintos tipos de testamentos establecidos por la ley, y las solemnidades que en general deben tener los actos de disposición de bienes de última voluntad para que tengan eficacia jurídica, deben ser observados.

2.4.6. LEGADO Y HERENCIA.

Sabemos ya que la distinción entre el heredero y el legatario proviene del Derecho Romano. El heredero, era un sucesor universal cuya condición jurídica estaba caracterizada por las siguientes notas:

a) La atribución al heredero de una cierta consideración personal, que le hacía aparecer como un continuador de la persona del difunto (concepción primitiva) o cuando menos un sucesor subrogado en su misma posición jurídica.

b) La adquisición por el propio heredero de los bienes hereditarios como un conjunto indistinto, al que algunos textos, clásicos o no, aplican la noción de la universalidad.

c) Como consecuencia de las notas anteriores, la imposición al heredero de una responsabilidad personal e ilimitada ("ultra vires") por razón de las deudas del causante (salvo, en la época Justiniana, con el beneficio de inventario). "El legatario, en cambio, era un sucesor a título singular, que adquiría sólo objetos particulares, concretos y determinados y que respondía no del pasivo de la herencia, sino únicamente de las cargas u obligaciones que el testador le había especialmente impuesto, dentro de los límites de su legado".⁸⁴

La clásica distinción de que tratamos, con las consiguientes notas diferenciales entre el heredero y el legatario, ha pasado al Derecho moderno, en aquellos sistemas jurídicos como el nuestro, inspirados o influidos por el Derecho Romano. Sin embargo, el Derecho moderno, al aceptar la teoría, ha introducido en ella estas principales modificaciones:

I) Que la concepción personal del título de heredero tiende a ser sustituida (sin llegar a serlo, a veces completamente) por la concepción de transmisión patrimonial.

II) Que habiendo desaparecido en legislaciones modernas la necesidad de la institución de heredero, y siendo lícito distribuir toda la herencia en legados, los

⁸⁴ Castán Toboñas José - "Derecho Civil Español. Común y Foral." Editorial Rurus, S.A., Madrid, España. 1978. Páginas 105 - 106.

legatarios pueden resultar obligados a prorratar las deudas y gravámenes de la herencia.

Las diferencias que, en definitiva, separan la condición del heredero y la del legatario en nuestro derecho son las siguientes:

Primera: La que resulta de la identificación que hace el código entre heredero y sucesor a título universal, y legatario y sucesor a título particular.

Segunda: La fundamental de que el heredero es sucesor en la universalidad de relaciones jurídicas (patrimonio) del difunto o en una cuota de ese conjunto, siquiera esa universalidad haya de ser entendida en un sentido de relación o cualidad y no cuantitativo. El legatario, en cambio, es sucesor en bienes, derechos o valores patrimoniales determinados.

Dice así, FERRARA, que la diferencia entre sucesión a título universal y a título particular no es cuantitativa, sino cualitativa, esto es, puede un legatario recibir la masa entera de bienes que constituye el acervo hereditario por vía de disposiciones a título particular, y el heredero ser llamado a recoger sólo las deudas, y sin embargo, el uno es sucesor a título particular, y el otro a título universal. No es la cantidad de bienes recogidos lo que atribuye la cualidad de heredero, sino el modo y la forma de adquisición, el llamamiento a la universalidad, aunque ésta esté vacía de bienes o contenga sólo pasivo. El heredero sucede en la universalidad jurídica o en una fracción de esta unidad. El legatario sucede en una determinada relación patrimonial, en una cosa concreta o en un grupo determinable de cosas concretas.⁸⁵

El maestro ORTEGA PARDO afirma: " que en el objeto del legado, en cuanto a valores patrimoniales, lo relevante es que para ser considerado legatario se debe simplemente recibir un valor patrimonial y no cuantitativo, esto es, no importa la cantidad, sino el hecho de percibir algo que acreciente nuestro acervo patrimonial ".⁸⁶

En la herencia no hay más determinación que la que resulta de la relación entre la fracción (parte alícuota) y la universalidad de los bienes; mientras que en el legado la determinación es propia y directa, sin relación a la suma total de la herencia, aunque puede serlo con relación a un grupo de cosas concretas.

Tercera: Derivada de la anterior, de que el heredero sucede en los derechos y obligaciones, respondiendo de estas últimas limitadamente, mientras que el legatario sólo sucede en la parte activa del patrimonio y no responde, por regla general, de las deudas y cargas de la herencia.

⁸⁵ Ferrara, "Estudio sobre la Sucesión a Título Universal y Particular, con especial aplicación a la Legislación Española".
Revista de Derecho Privado. 1923. p. 322.

⁸⁶ Ortega Pardo, "Heredero Testamentario y Heredero Forzoso". Anuario de Derecho Civil. 1930. p. 327.

Aunque esta última diferencia tiene excepciones :

A) Para el heredero, en el caso de la aceptación a beneficio de inventario, y

B) Para el legatario, cuando las obligaciones del causante se le imponen expresamente como cargas y cuando toda la herencia se distribuye en legados, es de observarse:

I) Que las prestaciones que se imponen al legatario (obligaciones o cargas establecidas por el testador o responsabilidades derivadas de los mismos bienes que se le adjudican) pueden considerarse como condición o accesión de su cualidad de dueño o adjudicatario de aquellos bienes o derechos de que es sucesor a título singular.

II) Que el caudal hereditario que se reparte en legados está en realidad limitado al activo que resulta después de deducido el pasivo constituido por las deudas que afectan a la totalidad de los bienes y derechos inventariados.

III) Que, por lo demás aún en esta hipótesis de distribuir toda la herencia en legados, nunca está el legatario obligado más allá de donde alcance el valor de su legado.

CRITERIOS HISTÓRICOS EN PUGNA SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL TÍTULO UNIVERSAL O PARTICULAR DE LA SUCESIÓN: Existen a este respecto dos sistemas contrapuestos: el romano, de matiz subjetivo, que considera heredero a aquel sucesor a quien el testador designe como tal, independientemente, en principio, de que le instituya en toda la herencia, en una parte alicuota de ella o en una cosa cierta y determinada, y el llamado germánico o moderno, de tono objetivo, que conceptúa como heredero a quien sea llamado por el difunto a adquirir la totalidad o universalidad de las relaciones jurídicas objeto de la transmisión, o una parte alicuota del caudal, haya sido o no designado como heredero.

Consecuencia lógica del punto de vista subjetivo es que puede existir el legado de parte alicuota (o, lo que es igual, que el legatario de parte alicuota es simplemente un legatario) y que, por el contrario, la "institutio ex re certa" es, en principio, una verdadera institución de heredero. Dentro del punto de vista objetivo, hay que llegar a la conclusión contraria de que no son admisibles la figura del legado parciario ni la del heredero "ex re certa".

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

CAPITULO III.

3. ESTAMENTO PÚBLICO SIMPLIFICADO.

3.1. ANTECEDENTES DE LA REFORMA SUFRIDA A LA LEY DEL NOTARIADO, CÓDIGO CIVIL Y DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL (ENERO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO Y SUBSECUENTES)

Antes de comenzar nuestro III y último capítulo, y siendo éste medular en el presente trabajo, haremos un llamado al origen de la reforma que dio lugar al nacimiento de nuestro "Testamento Público Simplificado".

Surge como respuesta de una iniciativa del Poder Ejecutivo Federal; y culmina con su publicación el seis de enero de mil novecientos noventa y cuatro en el Diario Oficial de la Federación.

Esta reforma al Código Civil, es la trigésima cuarta. El once de noviembre del mismo año, el titular del poder Ejecutivo Federal en ejercicio de la facultad que le da el artículo 71 Constitucional en su fracción I, sometió a la consideración de la H. Cámara de Senadores de la LV Legislatura el decreto que ahora nos ocupa. Posteriormente, el tres de diciembre de mil novecientos noventa y tres se celebró una reunión de trabajo a la que asistieron Senadores y Diputados de las diferentes fracciones parlamentarias, así como miembros del Colegio de Notarios y funcionarios del Departamento del Distrito Federal con el objetivo de dialogar sobre el proyecto. El dictamen de la primera lectura se conoció el dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa y tres.

La Comisión consideró benéfica la reforma y puso a consideración de la Asamblea el proyecto; sabemos que no hubo lugar a una segunda lectura, pues fue dispensada al considerar la Comisión que cumplía con los requisitos necesarios, y de inmediato siguió el debate realizado el día diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y tres.

Al analizar la iniciativa del decreto, los Diputados coincidieron en que ésta tenía un alto sentido social para las familias de escasos recursos, a quienes principalmente van dirigidos los beneficios del proceso ágil y menos costoso que implica el testamento público simplificado en la tramitación testamentaria de su patrimonio inmobiliario.

Antes de este debate, se propuso modificar la redacción del artículo 876 Bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que marca el procedimiento a seguir para la titulación notarial a cargo de los legatarios instituidos por testamento público simplificado, mismo que se analizará en párrafos

posteriores. De igual forma, reformar el artículo 80 de la Ley del Notariado, para que existiera congruencia en las modificaciones.

En el decreto mencionado se adicionó en el Código Civil de 1984 en el Libro Tercero, Título Tercero, el Capítulo III Bis denominado "Testamento Público Simplificado" constituido exclusivamente por el artículo 1549 Bis en el que se define y caracteriza a la Institución que nos ocupa.

REFORMAS A LA LEY DEL NOTARIADO PARA EL DISTRITO FEDERAL DE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y CUATRO Y POSTERIORES.

ARTICULO OCHENTA.- "Siempre que se otorgue un testamento público abierto, cerrado o simplificado, el notario ante quien se otorgó, presentará aviso al Archivo General de Notarías dentro de los cinco días hábiles siguientes, en el que se expresará el número y fecha de escritura; nombre y apellidos, fecha y lugar de nacimiento, estado civil, nacionalidad, ocupación y domicilio del autor de la sucesión, y recabará la constancia correspondiente....".

ARTICULO CIENTO SETENTA Y OCHO.- "En caso de testamento público simplificado, los legatarios instituidos exhibirán al Notario el respectivo testimonio, junto al acta de defunción del testador, los títulos de propiedad y demás documentos del caso. El Notario, antes de redactar el instrumento, procederá a publicar que lleva a cabo el trámite sucesorio, mediante una sola publicación en un diario de los de mayor circulación nacional, en la que incluirá el nombre del testador y de los legatarios; recabará las constancias relativas del Archivo, del archivo judicial y, en su caso, las propias correspondientes de los archivos del último domicilio del testados, procediendo a solicitar las constancias relativas al último testamento y de los demás registrados o depositados en los archivos de que se trate."

Como se desprende de los dos numerales anteriores, de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, de 1984 a 2000, respectivamente la legislación en materia testamentaria ha evolucionado mucho; nuestros legisladores junto con los miembros del Colegio de Notarios se han preocupado por hacer del testamento una figura ya no tan mística y formal como lo era en tiempos precedentes. Se han dado a la tarea de hacer saber a la gente que es necesario dejar testamento como disposición de última voluntad para evitar conflictos familiares y jurídicos así como gastos innecesarios; y es por ello que día a día, se va simplificando su forma, requisitos, y trámite, sin menoscabar la seguridad jurídica. De esta forma se pretende que para la mayoría de la población el testar sea un trámite sencillo sin la preocupación de no tener testigos confiables, o de envolverlo en complicados formalismos. Como ya sabemos, en el mes de enero de mil novecientos noventa y cuatro se publicaron en el Diario Oficial de la Federación, Reformas al Código Civil para el Distrito Federal en materia de

testamentos, poniendo en vigor al testamento público simplificado. A continuación haremos un análisis de las mismas:

La tercera y última reforma es la que nos interesa, la relativa al "Testamento Público Simplificado" que lo clasifica dentro de los ordinarios.

En este último capítulo trataremos de definir este testamento público simplificado, veremos entre otros puntos cuál es su naturaleza jurídica, analizaremos si realmente es una figura nueva, si tiene precedentes, si es o no un auténtico testamento; y cuales son los pros y los contras que ofrece esta Institución.

3.2. ANALISIS DEL ARTÍCULO 1549 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Comenzaremos por tratar de definir esta "entre comillas", nueva Institución jurídica. Si nos atrevemos a subrayar y a poner en duda el hecho de que sea o no una figura nueva o forma de disponer de bienes o derechos para después de la muerte, es porque en un personal punto de vista NO ES TAN INNOVADORA como se pudiese creer. Quizá sea la denominación, o el reconocimiento específico que la ley le da como TESTAMENTO (ORDINARIO) con la forma, características y requisitos que al mismo se le adjudican lo que lo haga parecer nuevo pero en realidad y bajo un análisis de diversas leyes como son: La Ley Agraria y su reglamento, La Ley del INFONAVIT. (Instituto Nacional del Fondo de la Vivienda para la Trabajadores), La Ley del SAR (Sistema de Ahorro para el Retiro), La Regulación o Normatividad de CORETT (Comisión para la Regularización de la Tenencia de la Tierra) y otros más, no podemos dejar escapar o pasar por alto el hecho de que ya en estas Leyes (de nuestro sistema jurídico) y en otras legislaciones como la del Estado de Querétaro, se hablaba de la posibilidad de disponer de esos bienes o derechos que en vida, estos ordenamientos reconocen, ya sea al trabajador, al ejidatario, al asegurado etc., mediante el nombramiento preciso de beneficiarios. En líneas posteriores profundizaremos al respecto y trataremos de aclarar el hecho de si es o no nueva esta figura del testamento público simplificado.

Nuestro Código Civil en su nuevo Capítulo III BIS denominado "Del Testamento Público Simplificado" en su único artículo 1549 Bis, nos proporciona la definición legal de esta Institución: "Testamento público simplificado es aquél que se otorga ante notario respecto de un inmueble destinado o que vaya a destinarse a vivienda por el adquirente en la misma escritura que consigne su adquisición o en la que se consigne la regularización de un inmueble que lleven a cabo las autoridades del Distrito Federal o cualquier dependencia o entidad de la administración Pública Federal, o en acto posterior".

Desde nuestra perspectiva, mas que una definición, es un resumen de los requisitos que debemos tomar en cuenta para su correcto otorgamiento; esto es, cumple con decir que se tendrá que otorgar ante Notario Público, respecto de que bien única y exclusivamente versará, pues éste tiene que cumplir una serie de requisitos marcados por el mismo artículo para poder ser materia del público simplificado, tales como destino y valor del inmueble. Por otro lado se omitió fijar las demás reglas a que habría de sujetarse además de otras características para poder ser denominado testamento, tales como: el carácter personalísimo que distingue al resto de los testamentos, el ser un acto libre y autónomo, etc.

Tratando de complementar la definición, Código Civil; en el mencionado precepto enlista los requisitos para su correcto otorgamiento.

A) "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, en el momento de la adquisición. En los casos de regularización de inmuebles que lleven a cabo las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, no importará su monto..." para lo cual enseguida mostraremos la tabla de salarios mínimos que han sido aplicados en el Distrito Federal desde 1964 hasta la fecha, cuya consulta facilita el cálculo de costos a efecto de estar en posibilidades de constatar que el inmueble de que se trate cumpla con los requisitos exigidos por la ley.

**= SALARIOS MINIMOS GENERALES DESDE 1964 HASTA EL AÑO 2001=
VIGENTES EN EL DISTRITO FEDERAL Y ZONA METROPOLITANA**

DEL			AL			S.M.	S.M. ELEVADO AL AÑO	25 VECESA SALARIO S.M. ANUAL.
DIA	MES	AÑO	DIA	MES	AÑO			
1o	ENERO	1964	31	DICIEMBRE	1965	21 5	7,847 50	196,187 50
1o	ENERO	1967	31	DICIEMBRE	1967	25	9,125 00	228,125 00
1o	ENERO	1968	31	DICIEMBRE	1969	28 25	10,311 25	257,781 25
1o	ENERO	1970	31	DICIEMBRE	1971	32	11,680 00	292,000 00
1o	ENERO	1972	31	DICIEMBRE	1973	38	13,870 00	346,750 00
1o	ENERO	1974	7	OCTUBRE	1974	52	18,980 00	474,500 00
8	ENERO	1974	3	DICIEMBRE	1975	63 4	23,141 00	578,525 00
1o	ENERO	1976	31	DICIEMBRE	1976	76 8	26,032 00	700,800 00
1o	ENERO	1977	31	DICIEMBRE	1978	106	36,680 00	967,250 00
1o	ENERO	1978	31	DICIEMBRE	1978	120	43,800 00	1,095,000 00
1o	ENERO	1979	31	DICIEMBRE	1977	138	50,370 00	1,259,250 00
1o	ENERO	1980	31	DICIEMBRE	1980	163	59,465 00	1,487,375 00
1o	ENERO	1981	31	DICIEMBRE	1981	210	76,650 00	1,916,250 00
1o	ENERO	1982	31	OCTUBRE	1982	280	102,200 00	2,555,000 00
1o	NOVIEMBRE	1982	21	DICIEMBRE	1982	364	132,880 00	3,321,500 00
1o	ENERO	1983	13	JUNIO	1983	465	166,075 00	4,151,875 00

1o	JUNIO	1983	31	DICIEMBRE	1983	523	190 895 001	4 772.375 00
1o	ENERO	1984	10	JUNIO	1984	680	248 200 001	6 205 000 00
11	JUNIO	1984	31	DICIEMBRE	1984	816	297 840 001	7 446 000 00
1o	ENERO	1985	3	JUNIO	1985	1 060 001	398 900 001	9 672 500 00
4	JUNIO	1985	31	DICIEMBRE	1985	1 250 001	456 250 001	11 406 250 00
1o	ENERO	1985	31	MAYO	1986	1 650 001	602 250 001	15 056 250 00
1o	MAYO	1985	21	OCTUBRE	1986	2 085 001	753 725 001	18 843 125 00
22	OCTUBRE	1986	31	DICIEMBRE	1986	2 480 001	905 200 001	22 630 000 00
1o	ENERO	1987	31	MARZO	1987	3 050 001	1 113 250 001	27 831 250 00
1o	ABRIL	1987	30	JUNIO	1987	3 660 001	1 335 000 001	33 397 500 00
1o	JULIO	1987	30	SEPTIEMBRE	1987	4 500 001	1 642 500 001	41 062 500 00
1o	OCTUBRE	1987	14	DICIEMBRE	1987	5 625 001	2 063 125 001	51 328 125 00
15	DICIEMBRE	1987	31	DICIEMBRE	1987	6 470 001	2 361 560 001	59 036 750 00
1o	ENERO	1988	21	FEBRERO	1988	7 785 001	2 834 225 001	70 855 625 00
1o	MARZO	1988	31	DICIEMBRE	1988	8 000 001	2 920 000 001	73 000 000 00
1o	ENERO	1989	30	JUNIO	1989	8 640 001	3 153 600 001	78 840 000 00
1o	JULIO	1989	3	DICIEMBRE	1989	9 180 001	3 343 400 001	83 565 000 00
4	DICIEMBRE	1989	15	NOVIEMBRE	1990	10 080 001	3 679 200 001	91 980 000 00
16	NOVIEMBRE	1990	10	NOVIEMBRE	1991	11 900 001	4 343 500 001	108 587 500 00
11	NOVIEMBRE	1991	31	DICIEMBRE	1992	13 330 001	4 885 450 001	121 636 250 00
1o	ENERO	1993	31	DICIEMBRE	1993	N\$14 27	N\$5 208 551	N\$130 213 75
1o	ENERO	1994	31	DICIEMBRE	1994	N\$15 27	N\$5 573 551	N\$139 338 75
1o	ENERO	1995	31	MARZO	1995	N\$16 34	N\$5 964 101	N\$149 102 50
1o	ABRIL	1995	31	JULIO	1996	\$18 30	\$6 679 501	\$166 987 50
1o	AGOSTO	1996	2	DICIEMBRE	1996	\$22 60	\$8 249 001	\$206 225 00
3	DICIEMBRE	1996	31	DICIEMBRE	1996	\$26 45	\$9 654 261	\$241 356 25
1o	ENERO	1997	31	DICIEMBRE	1997	\$26 45	\$9 654 261	\$241 356 25
1o	ENERO	1998	2	DICIEMBRE	1998	\$30 20	\$11 023 001	\$275 575 00
3	DICIEMBRE	1998	31	DICIEMBRE	1998	\$34 45	\$12 574 251	\$314 356 25
1o	ENERO	1999	31	DICIEMBRE	1999	\$34 45	\$12 574 251	\$314 356 25
1o	ENERO	2000	31	DICIEMBRE	2000	\$37 90	\$13 833 511	\$346 837 50
A PARTIR DEL 1° DE ENERO DEL 2001						\$40 35	\$14 727 751	\$368 193 75
A PARTIR DEL 1° DE ENERO DEL 2002						\$42 15	\$15 384 751	\$384 818 75

B) " 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 por cuenta de los incapaces;..".

Al establecerse el derecho de acrecer se busca repartir la porción del imposibilitado o del que se niega a recibirla a los demás legatarios, para evitar la incertidumbre de esa parte; y el trámite de un juicio intestamentario por la misma, con la suma de gastos tanto en tiempo como en dinero y sobre todo, evitar la irregularidad en la propiedad del bien legado perjudicando al resto de los

legatarios; y de esta forma se logre el objetivo perseguido con la reforma: la Simplicidad, que implica el evitar los juicios sucesorios via intestado, y una titulación expedita.

El derecho de acrecer es el que tienen los colegatarios a la porción o parte del legado que otro u otros renuncian o no pueden adquirir. Acrecimiento es el efecto que se produce cuando cualquiera de los llamados no puede o no quiere aceptar, y la cuota de los que si aceptan reporta una mejora. No está por demás el recordar que este Derecho de acrecer es una figura de la sucesión testamentaria. Su fundamento se encuentra en la voluntad presunta del testador, y que en esta figura la Ley reconoce expresamente. Este derecho que posee todo colegatario instituido por público simplificado, o por cualquier otro tipo de testamento, es expreso, esto quiere decir que para que surta efectos en la vida jurídica debe estar reconocido el carácter de colegatario por el testador, y deberá mencionarse en que orden y bajo que porcentaje se respetará el acrecentamiento y el beneficiado entre en posesión de la parte que correspondía al primero. El derecho de acrecer, así como el de substitución, no son tácitos. Debe ser expresado el deseo del testador de favorecer o mejorar la porción ya instituida a favor de otro legatario, con la porción o parte que uno de los colegatarios no pudo o no quiso aceptar; y tan expreso debe ser que podrá el de cujus dejar estipulado en que porción o porcentaje acrecerá a determinado colegatario; pudiendo de esta forma, una porción acrecer a dos, tres, cuatro o más colegatarios; y es obvio que no es suficiente el hacer mención de los colegatarios para que el notario haga la repartición, este deseo deberá ser, sin excepción, expreso, claro y conciso.

De igual modo hay posibilidad de instituir substitutos para el caso de que el legatario instituido en primera instancia no pueda o no quiera aceptar el legado, esto es, la substitución testamentaria, que es la designación que realiza el testador de una o más personas para que subroguen al legatario o legatarios instituidos, en caso de que éste no quiera o no puede aceptar el legado. Se trata de una institución de legatarios subsidiarios de los primeros.

Sería repetitivo ahondar en los varios tipos de sustituciones existentes, puesto que este tema ya se tocó en el capítulo que antecede, lo único que resulta de trascendencia es hacer notar que esta institución persiste en el testamento público simplificado.

Algo de suma importancia es el hecho de que si los legatarios fueren incapaces y no estuvieren sujetos a patria potestad o tutela, el mismo testador podrá designarles un representante especial que comparecerá a la formalización de la escritura de adjudicación, en favor de los legatarios designados. Es un tipo especial de representación que al parecer no se ajusta a la mecánica de nuestro sistema jurídico vigente y que pudiera ser que a futuro creara controversias. No podemos olvidar que el llamado representante especial es designado únicamente para comparecer en nombre del menor o incapacitado a la formalización o protocolización de la adjudicación del bien.

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

En el supuesto de que el testador NO EJERZA LA PATRIA POTESTAD sobre ese menor o incapacitado al que instituye como legatario y tiene la intención de protegerlo mediante el nombramiento de un REPRESENTANTE ESPECIAL, "semi-tutor", este tutor sólo tendrá las facultades de REPRESENTARLO EN LO RELACIONADO CON EL BIEN OBJETO DEL LEGADO, EN CUANTO A LA PROTOCOLIZACIÓN O FORMALIZACIÓN ANTE NOTARIO DE LA ADJUDICACIÓN DEL BIEN LEGADO.

Situación, no menos preocupante, es el hecho de poder determinar claramente que tan segura es la actuación de este representante especial, cuál será el sistema u órgano de vigilancia encargado de sus funciones, ¿será tan efectivo como el que ofrece el Código Civil para el caso del régimen tutelar, o bien el que brindan los curadores y el Consejo Local de Tutelas? Tampoco es ajeno el hecho de que son mucho más limitadas las actuaciones del representante especial comparadas con las desempeñadas por el tutor o quien ejerza la patria potestad sobre el menor o incapaz, y por ello mismo, al tener mayor responsabilidad resulta lógico que éste último tenga que acatar una serie de lineamientos mucho más estrictos que el primero, y es por ello que el legislador se ha abocado a la tarea de instituir un sistema de seguridad confiable. Podríamos concluir diciendo que lo único realmente censurable es la denominación que se le da, hubiera sido preferible llamarle tutor especial, cuyo desempeño consiste exclusivamente en la titulación del bien adquirido por testamento público simplificado. Y respecto al sistema de seguridad, se aplicarán los de control tutelar que aseguran el buen desempeño de la actuación del tutor, como son:

- A) El régimen tutelar establecido por el Código Civil.
- B) Los Curadores y
- C) El Consejo Local de Tutelas.

Pero, tanto las normas aplicables a la tutela testamentaria, como su sistema de vigilancia, entran en forma supletoria a la regulación de la nueva figura del representante especial instituido en el Testamento Público Simplificado. Pero esto no justifica la creación de un tipo especial de representante, que como ya vimos no se ajusta a las normas y reglas de nuestro sistema jurídico actual y que lo más seguro es que genere controversias al respecto, y algo muy importante es que esa institución "defectuosa" no garantiza un sistema de vigilancia propio, sobre las actuaciones del representante especial.

Quizá lo que quiso decir el legislador es que era una representación TUTELAR pero especial en el sentido de que única y exclusivamente este representante custodiaria al menor o incapaz en lo relativo al inmueble objeto del legado, esto es, que se encargaría de representar al menor o incapaz en la firma de protocolización de la adquisición via adjudicación.

Como se deduce de la lectura de la fracción II, se manejan dos supuestos:

1.- Que el legatario, al cual se le va a designar representante especial, sea incapaz. La capacidad se presume, pero en la generalidad de los casos debe existir sentencia que declare la interdicción para proceder al nombramiento del tutor o curador, según corresponda, y así, éste asista a la protocolización del acto de adjudicación del bien en nombre de su representado. Pero en el caso específico del testamento público simplificado, al ser uno de los principales objetivos de éste la simplificación, se permite pasar por alto la presentación de sentencia que declare al sujeto interdicto o incapaz; y de esta forma, se logra la agilidad del trámite y titulación.

2.- Que este legatario NO esté sujeto a patria potestad o tutela alguna. Pues de lo contrario, su tutor o padre se presentarán al acto en su nombre y representación.

Esta designación, de REPRESENTANTE ESPECIAL en el testamento público simplificado es una nueva institución en el ámbito de la representación, pero ¿Qué tan legal será y qué tan positiva resultará su aplicación?

Haremos algunas anotaciones y reflexiones sobre la representación. El Diccionario Jurídico Mexicano la define como:

"El acto de representar o la situación de ser representado. Sustituir a otro o hacer sus veces". "La representación, en sentido general, es un fenómeno jurídico que implica la actuación a nombre de otro, en el campo del derecho".^{* 87}

Para GALINDO GARFIAS, la representación es la "sustitución del propio interesado por otra persona en la celebración de un acto jurídico, siendo el representante un tercero extraño a la misma relación jurídica. Este tercero es ajeno a los efectos que producen las relaciones que nacen del acto".^{* 88}

La representación puede ser:

- A) Legal
- B) Convencional
- C) Judicial

LA LEGAL.- Es impuesta por la Ley, y es independiente a la voluntad de los interesados. Las facultades del representante provienen de la misma Ley. El ejemplo más claro lo encontramos en aquellas personas que ejercen la patria potestad o tutela.

* 87 Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo IV, (P - Z), Ob. Cn.

* 88 Galindo Garfias. "Derecho Civil. Primer Curso, Parte General, Personas y Familia, 4a. Edición, Edicinal Porrúa 1980 pp. 222 y 223.

LA CONVENCIONAL.- También es llamada VOLUNTARIA pues su fuente es la voluntad de los interesados. Se produce cuando una persona capaz autoriza o faculta a otra, también capaz, para que en su nombre actúe en uno o varios actos o hechos jurídicos.

El Profesor GALINDO GARFIAS hace una importante distinción al respecto de estas dos formas de representación, y opina: "La representación legal tiene lugar para suplir la falta de capacidad del representado, en cambio, la convencional sólo tiene por objeto facilitar la celebración de un acto que podría ser llevado a cabo directamente por el representado".⁸⁹

LA JUDICIAL.- Es decretada por autoridad judicial.

De los tipos expuestos ¿En dónde podríamos ubicar la representación instituida por el testador para que un tercero represente al legatario que sea incapaz?. Sin olvidar que esta incapacidad se refiere NO a la que se tenga al morir el testador, sino al momento de protocolizarse el bien (artículo 1549 Bis fracción II del Código Civil para el Distrito Federal).

No puede ser voluntaria o convencional porque aunque proviene de la voluntad del testador, la representación convencional se genera cuando una persona faculta a otra para que actúe en su nombre y por su cuenta, y aquí, el representado nunca ha consentido.

Es claro que no se trata de una representación legal, pues no proviene de la Ley sino de una declaración "UNILATERAL" de voluntad; y aún menos es una representación judicial, pues no interviene ninguna autoridad con ese carácter. Por ello, la posibilidad de nombrar un representante "especial" para un tercero incapaz. NO ENTRA EN LOS PARÁMETROS DEL SISTEMA JURIDICO ACTUAL DE LA REPRESENTACIÓN.

En nuestra opinión, sin fundamentos jurídicos, el legislador quiso ir muy lejos al llamar al representante que designa el testador para su legatario incapaz, REPRESENTANTE ESPECIAL, pues de acuerdo a su función observamos que la misma podría encuadrarse en la figura del TUTOR TESTAMENTARIO; y quizá hubiera sido preferible llamarle TUTOR ESPECIAL; sin necesidad del discernimiento judicial.

Esto es, el legatario instituido en el testamento público simplificado, ya sea menor o incapaz, requiere por ello mismo de un tercero capaz que lo represente para la adjudicación o adquisición del bien legado, sin olvidar que no todo es la titulación y adjudicación aludida, si no que también habrá que cuidar y administrar correctamente ese bien, sabemos, porque así lo marca la propia ley, que ésta no es función del representante especial, éste agota su cargo con la titulación; para su administración no intervendrá, y entonces ¿quién va a administrarlo?,

⁸⁹R. Garfias Galindo Estudios de Derecho Civil. Editorial Porrúa, S.A., México, 1990. p. 269

indudablemente es una gran laguna del legislador; omisión que afortunadamente tiene solución, y una de las posibles opciones para evitar conflictos sería el que inmediatamente después de nombrar al representante especial, y que éste se haga cargo de la titulación, deberá tramitarse judicialmente la designación del tutor, en cuyas funciones sí podrá contemplarse la de la administración del bien propiedad de su representado.

Al respecto diremos que, la tutela es "La Institución designada a la guarda y protección de las personas y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o sólo incapacidad Legal, para gobernarse por sí mismos incluyendo entre sus facultades o deberes el de representar al tutelado".⁹⁰

La tutela que ahora nos ocupa, la testamentaria, permite al autor de una sucesión, nombrar en su testamento un tutor para aquel heredero o legatario sobre quien ejerza la patria potestad, y no haya quien la continúe.

No podemos olvidar que dadas las características de este testamento, y conforme a lo previsto por la ley, en la figura del público simplificado no cabe la designación de tutor, pues claramente lo estipula el propio artículo en estudio: "...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..." Esto quiere decir que el nombramiento del representante especial da por hecho que no existe tutor o persona que ejerza patria potestad alguna, o viceversa, que al existir quien ejerza patria potestad o tutela sobre el menor o incapaz instituido por público simplificado, el testador no podrá nombrarle un representante especial. Concluimos que el legislador le llamó "representante especial", para no provocar conflictos y caer en confusión de funciones, limitando las del representante especial y dejando abierta la del tutor. Aunque el Testamento Público Simplificado se encuentra limitado en cuanto a requisitos y objeto, al ser uno de sus requisitos que sea otorgado ante Notario Público, éste podrá orientar al testador dándole a conocer los pro y los contras que ofrece el público simplificado, y podrá aconsejar se teste en Testamento Público Abierto.

C) "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..."

Realmente es innovadora la opción que se presenta en esta fracción tercera, al dar la posibilidad de que dos ó mas personas testen en un mismo acto.

⁹⁰ Revista de Derecho Privado. "Testamento Público Simplificado, sus posibles consecuencias". Año 6, número 16. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Editorial MC. Graw Hill México 1993 p. 57.

La regla general enunciada por el artículo 1296 del mismo Código Civil ahora tendrá su excepción en este párrafo al permitir que los cónyuges, siempre y cuando estén casados bajo el régimen de sociedad conyugal, dejen legatarios respecto a los derechos que a ambos correspondan sobre el inmueble en cuestión, o bien los copropietarios puedan instituir uno o más legatarios respecto de sus derechos. Más adelante ahondaremos en este tema.

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

Para comprender esta figura del legado cargado o gravado con la obligación alimentaria para los acreedores del testador, iremos paso a paso analizando su organización.

- a) Características de la propia obligación alimentaria.
- b) Testamento Inoficioso y
- c) Legado sujeto a carga

El Capítulo II del Código Civil denominado "De los alimentos", comienza con el artículo 301 y concluye en el 323. Podemos ver que la deuda alimentaria tiene como característica esencial el carácter personal con base en el vínculo de solidaridad de los miembros de la familia, pues los pertenecientes a un grupo familiar, se deben reciprocamente asistencia y alimentos en general, que acorde a nuestro sistema, derivan del parentesco.

Para RUGGIERO "la reciprocidad se funda en la solidaridad familiar, puesto que en ocasiones dentro de ese grupo hay miembros que requieren alimentos que otros miembros del grupo tienen posibilidad de dárselos, pero con el transcurso del tiempo, aquellos que necesitaban protección se convierten en autosuficientes y pueden, a la vez, auxiliar a aquellos que les proporcionaron alimento y que ahora se encuentran en estado de necesidad".⁹¹

Respecto al carácter personal de esta obligación alimentaria, ROJINA VILLEGAS asevera que depende de las circunstancias individuales del acreedor y del deudor. " Los alimentos se confieren exclusivamente a una persona determinada en razón de sus necesidades y se imponen también a otra persona determinada, tomando en cuenta su carácter de pariente o de cónyuge y sus posibilidades económicas".⁹²

⁹¹ Ruggiero, citado por Rojina Villegas. "Derecho Civil Mexicano" 3ª Edición, Editorial Porrúa, S.A. México 1980, p. 110.

⁹² Rojina Villegas. "Sucesión legítima y problemas comunes a las testamentarias e intestadas" México, 1945, p. 122

Ese mismo carácter personalísimo la convierte en intransmisibile, y esto abarca el ámbito en vida y por causa de muerte. En el caso que nos ocupa, que es el de por causa de muerte, se necesita causa legal para que aquél - el acreedor - exija alimentos a otros parientes que sean los llamados por la ley para cumplir con ese deber jurídico.

Otra de sus características, es que se trata de las obligaciones conocidas como de tracto sucesivo, esto es, su satisfacción no se logra con un sólo pago, sino que se va difiriendo en el transcurso del tiempo. La pensión alimenticia debe cubrirse periódicamente por el tiempo en que subsistan los presupuestos de la deuda (estado de necesidad del acreedor sin la posibilidad de satisfacerla por sí mismo y la capacidad económica del deudor).

Al caer en esta serie de reparaciones surge la duda de si es o no aplicable por analogía a este principio lo estipulado por el artículo 1463 del Código Civil que dispone: "El legado de alimentos dura mientras viva el legatario, a no ser que el testador haya dispuesto que dure menos "

Desde luego esta carga de proporcionar alimentos para el legatario no debe ser expresa por el propio testador sino que es de las impuestas por la misma Ley derivadas del parentesco; y es por ello que ni el artículo 1285 del mismo Código nos salva de la carga; este precepto enuncia:

"El legatario adquiere a título particular y no tiene más cargas que las que expresamente le imponga el testador, sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria con los herederos".

Este NO ES APLICABLE PARA EL CASO DEL LEGADO INSTITUIDO VÍA TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO, y a este respecto y con el fin de no crear controversias se puede pensar en una solución viable que sería la adecuación de este artículo 1285 a las necesidades del Testamento Público Simplificado, de manera que se establezca que esas cargas puedan ser impuestas por la Ley o por el testador.

El hecho de que el testador, deudor alimentista, no deje disposición expresa para aquellos acreedores a los que deba alimentos, trae aparejada la declaración de INOFICIOSIDAD DEL TESTAMENTO. Esta es una acción que tiene el acreedor preterido por su deudor en el testamento, para exigir se declare inoficioso y se proceda a que la autoridad judicial determine los términos en los cuales deba cumplirse esa obligación.

Como conclusión, diremos que en la forma en que es manejada la obligación alimentaria en la reforma, se puede observar que se le da un carácter REAL (sobre las cosas) y no como era tradicional, un carácter PERSONAL (de acuerdo a la persona) puesto que ahora la obligación no tiene su fundamento en las cualidades especiales del deudor o en los vínculos familiares entre el acreedor

y el deudor fenecido; sino más bien tienen su base en la adquisición de un bien inmueble que se destine o vaya a destinarse a vivienda.

El ser legatario lo obliga automáticamente a cumplir, en su caso, con la obligación alimentaria; ya sea que reciba el legado en primer lugar o en sustitución de otro o en el ejercicio del derecho de acrecer, esta situación no altera la obligación principal.

El legislador ha establecido que los legatarios asuman la obligación alimentaria frente a los acreedores del "de cujus", permitiendo que la deuda del autor de la sucesión se transmita por causa de muerte al adquirente del legado.

INGRID BRENA SESMA opina que "tal y como funciona al declararse un testamento inoficioso por la falta de disposición expresa de una pensión alimenticia para con las personas con las que se ve obligado el testador, esta deuda se cubrirá con bienes de la herencia, y la masa hereditaria sólo responderá de la deuda cuando no existan otros parientes a quienes corresponda responder por la deuda, de igual forma debería observarse esa subsidiariedad para los legados en el Testamento Público Simplificado, y de esta forma continuar dentro del margen jurídico del sistema actual en materia de sucesiones".⁹³

E) "V.- Los legatarios podrán reclamar directamente la entrega del inmueble...".

Esto quiere decir que, en este tipo de testamento no serán aplicables las reglas de nuestro Código Civil que establecen la prohibición de extraer los bienes de la sucesión hasta que esté aprobado el inventario y que condicionan la entrega de bienes determinados a los herederos o legatarios al previo otorgamiento de garantía suficiente para responder por los gastos y cargas de la herencia; y para ello fue adicionado también el Código de Procedimientos Civiles con el artículo 876 - Bis que establece el procedimiento que debe seguirse para la titulación notarial del inmueble en estos casos, de una manera expedita. En este testamento no cabe la figura de heredero ni de albacea, pues siempre se instituye legado y el propio legatario se adjudica el inmueble, sin necesidad de albacea. No cabe la figura del HEREDERO, siempre se habla de LEGATARIO. Esto resulta ser bastante lógico, en líneas precedentes se explicó la distinción entre heredero y legatario, conforme a la Ley, el Código Civil en su artículo 1248 dice "El heredero adquiere a título Universal..." y el 1285 reza: "El legatario adquiere a título Particular..."⁹⁴ Se adquiere un bien específico, determinado e identificable; a título particular; si hubiere más activo en la herencia y se hubiera dejado a otra persona en su totalidad, este será heredero. Puede haber uno o más legatarios en un mismo instrumento, esto es, el testador podrá designar legatarios a cuantas personas quiera y en la porción que mejor le parezca.

⁹³ Brena Sesma Ingrid. "Testamento Público Simplificado, sus posibles consecuencias". Revista de Derecho Privado Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM Año 6 número 16, Editorial MC. Graff Hittl P. 38

Como ya se había dicho, no es necesaria la presencia de un tercero encargado de ejecutar los deseos del testador, pues es el propio legatario (beneficiario) quien se adjudicará el bien y al tratarse de una institución que busca la simplicidad de trámite está por demás asentar el hecho de que no se requiere de la presencia de testigos, a no ser, claro está, que el legatario instituido no sepa escribir o tenga alguna incapacidad física como ceguera o sordomudez; pues en estos casos si se necesitará, guiándonos analógicamente por lo dispuesto para los otros testamentos, de la presencia de testigos de asistencia o identidad en su caso.

Como se percata, es muy pobre la regulación de este testamento, por lo cual el Consejo y la Comisión de Testamentos del Colegio de Notarios han estimado que respecto de lo no previsto expresamente en la ley para este testamento se aplicarán, en primer lugar las reglas generales del testamento y de los legados, después, las disposiciones de los contratos que fueren aplicables a otros actos jurídicos y desde luego la Ley del Notariado para el Distrito Federal. En nuestra opinión no es muy buena la salida que se da al recurrir a la supletoriedad, pues no podemos olvidar que cada situación que da nacimiento a las instituciones del derecho son muy particulares y distintas entre si, cada una tiene su punto específico a tratar, que logra distinguirla del resto; es por ello que resulta lógico el pensar que deberán regirse por normas específicas y detalladas, y no dejar abierta la posibilidad de aplicar normas creadas inicialmente atendiendo otras necesidades, de instituciones similares o semejantes pero no iguales, y en su caso regular específica y claramente ese detalle que las hace diferentes, para que de esta forma no se dé oportunidad a confusiones o interpretaciones de la ley que lo que provocan, en la mayoría de los casos, es contradicción de criterios y complicación de los trámites. Y más aún tratándose del testamento público simplificado, que como veremos, no cumple con los requisitos que la ley ha marcado desde hace años para caracterizar a los testamentos, o para que pudiéramos atrevernos a decir que posee la misma naturaleza jurídica que cualquiera de sus análogos; y con base en estos razonamientos, no estamos de acuerdo en aplicar analógicamente algunos preceptos que rigen la vida del resto de los testamentos.

3.2.1. SUJETOS DEL TESTAMENTO PÚBLICO SIMPLIFICADO.

Por lo que respecta al sujeto, la Ley lo caracteriza en cuanto es propietario de un bien que cumple con ciertas exigencias para poder ser objeto del testamento público simplificado. En analogía a lo previsto por el Código Civil en lo relativo a testamentos en general diremos que se requiere, para el otorgamiento de éste de la capacidad general prevista en el Código Civil, salvo en el caso de la minoría de edad; esto es, un menor de 18 años pero mayor de 16 años si pueden otorgar testamento cuando se haga en acto posterior a la adquisición; si se otorgara en el mismo acto de la adquisición se necesitará para el acto de la adquisición la comparecencia de su representante, o de quien ejerza la patria

potestad o la tutela, sin que interfieran en el acto de testar y, por tanto, la disposición testamentaria deberá otorgarla por su propio derecho.

También resulta importante subrayar el carácter personal del testamento, y la imposibilidad de que dos o más personas pudieran testar en un solo acto. Carácter que en el caso sufre excepciones:

A) Cuando los adquirentes sean cónyuges y hayan contraído matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal. Al momento de escriturar (el momento de la adquisición ya sea que ambos aparezcan como titulares registrales y propietarios o bien por el hecho de que el inmueble entre a la sociedad conyugal y a cada uno de ellos le corresponda el 50% de los derechos sobre el mismo); podrán disponer de su porción correspondiente e instituir uno o más legatarios. y

B) Cuando se dé la pluralidad de adquirentes. En este caso, cada copropietario podrá instituir uno o más legatarios sobre su porción. La pluralidad de legatarios puede ser un problema al momento de la adjudicación del bien:

3.2.2. OBJETO MATERIA DEL TESTAMENTO PÚBLICO SIMPLIFICADO.

Como sabemos, el fin de este Testamento es satisfacer principalmente las demandas de interés social que cada vez son más frecuentes. Se busca llevar a cabo de una manera ágil y eficaz dos cosas:

1.- La disposición del titular de una finca ya designada como vivienda o que vaya a destinarse como tal, en favor de uno o varios legatarios., y

2.- La titulación rápida y simplificada del inmueble, sin previo trámite judicial, inclusive aunque fueren incapaces tales legatarios. Este punto de la no intervención judicial es sumamente importante y novedoso, por lo cual lo retomaremos.

La limitación que impone la ley es que éste se otorgue respecto de un sólo inmueble destinado o que en un futuro se vaya a destinar a vivienda por el adquirente, en la misma escritura en que conste la adquisición o la regularización del inmueble por parte del Distrito Federal, o de entidades o dependencias de la Administración Pública Federal (como son INFONAVIT, CORETT, FOVISSTE., etc.), o bien en acto posterior.

Resulta interesante, determinar si es posible que el interesado otorgue el testamento, siendo el objeto sólo terreno, con la manifestación de que la destinará a vivienda y que pasará si al adjudicar el inmueble ese terreno no ha sufrido alteración, es decir, que siga siendo terreno, o bien que se haya construido en él

una vivienda con comercio u oficina o que se haya construido sólo comercio u oficina.

Por una parte existe el criterio de respetar la voluntad del testador y por otra parte la dificultad de adjudicar el inmueble al legatario si tal inmueble sigue siendo terreno y más aún la disposición legal no determina plazo para llevar a cabo la construcción de la vivienda, ni tampoco establece que el testador la deba edificar antes de su muerte para que el testamento pueda surtir efectos.

El Licenciado Javier I. Pérez Almaraz opina que si sería posible adjudicar el terreno si el legatario declara también que lo destinará a vivienda, y de igual forma, que es posible llevar a cabo la adjudicación si el inmueble ya construido es una vivienda con un local comercial, pues la disposición legal no habla de que el inmueble sea "exclusivamente" vivienda, y por ello se puede interpretar la factibilidad de ser vivienda y contar con un área de comercio.

Si el inmueble se hubiere destinado en su totalidad a un uso distinto al de vivienda tal como el de local comercial o de oficina, en ese caso el testamento quedará sin efecto y no será posible la adjudicación para el legatario, pues con fundamento en lo que dispone el artículo 1393 del Código Civil, "no produce efecto el legado si por acto del testador pierde la cosa legada la forma y denominación que la determinaban".

3.2.3. FORMA Y FORMALIDAD DEL TESTAMENTO PÚBLICO SIMPLIFICADO.

Es un testamento ubicado entre los ORDINARIOS y el propio precepto encargado de definirlo comienza diciendo: "Testamento Público Simplificado es aquel que se OTORGA ANTE NOTARIO ..."

Una de las características que distingue a los testamentos clasificados de entre los ordinarios, es el hecho de que se otorga ante Notario Público o por lo menos se ve la intervención de éste.

Los llamados testamentos ordinarios reciben este nombre a razón de que se otorgan de una manera "ordinaria", sin que exista situación anómala o especial que obligue a su pronto otorgamiento, o a seguir determinados parámetros dadas las circunstancias, sin que exista alguna condición que obligue a tomar determinada forma de testar; sino que el testador tiene libre facultad de decidir en que forma o a través de que medio dispondrá de sus bienes para después de su muerte. Y con esta serie de razonamientos surgirá la duda ¿Es el testamento público simplificado, un testamento ordinario? En nuestra opinión, debe ubicarse dentro de los especiales, pues para su otorgamiento se requiere que existan circunstancias especiales o específicas como el hecho de que sólo será materia de esta forma de sucesión un bien inmueble, no más, cuyo fin debe ser o será

vivienda, y además debe tener valor determinado; además en un mismo acto podrán testar dos o más personas; y por si esto fuera poco, aún después de otorgado sigue con situaciones anómalas en comparación con sus análogos, como es el hecho de que el o los legatarios ahí instituidos podrán por si reclamar directamente la entrega del inmueble, olvidándose de albaceas, inventario, etc. Por ser un medio por el que se transmite la propiedad de un bien determinado, no podrá haber herederos, sino única y exclusivamente legatarios, situación también fuera de lo ordinario o normal que se observa en el resto de las sucesiones testamentarias. Creo que estas son razones suficientes para ver que en realidad es un testamento especial, y aún cabría la duda ¿Es un verdadero testamento?

Aunque la ley no señala de manera expresa la actuación del Notario al otorgarse este tipo de testamentos, yendo a las disposiciones generales del testamento diremos que NO requiere de testigos, se celebrará en un sólo acto, con excepción de que el testador no pudiera o no supiera leer y/o escribir, o bien tuviera alguna incapacidad física como el ser sordo o mudo, o ambos, en cuyo caso si tendremos la necesidad de llamar a los testigos de asistencia o identidad para que a su ruego lean, firmen o hagan saber de alguna forma a su asistido el contenido del testamento; pero ¿Es o no necesario que el Notario lea al testador su disposición de última voluntad? En respuesta a este punto, el licenciado Javier I. Pérez Almaraz, Notario 125 del Distrito Federal opina que ... "No es indispensable que el Notario lea personalmente al testador este testamento" (caso contrario sucede en el otorgamiento del testamento público abierto, donde es requisito indispensable que el fedatario público de lectura personalmente en forma clara y terminante a la voluntad del testador, para que éste la escuche y manifieste su conformidad).

Señala el Licenciado Pérez Almaraz que bastará con la certificación que se haga, en los términos de la Ley del Notariado, de que le fue leída al testador la escritura o bien que éste personalmente la leyó y manifieste su conformidad firmando. Nosotros opinamos, dado el carácter formal, y dada la importancia que el acto en si encierra, que debería ser leído por el Notario, ya que éste, al ser la persona en la que el testador depositó toda su confianza al dejarle saber su deseo, debería cumplir con la exigencia que la ley y la tradición han marcado por años; y de esta forma, si el testador tuviera alguna duda podrá consultarlo con el Notario, quien posteriormente podrá asentar su certificación de ley.

3.3. REVOCACIÓN DEL TESTAMENTO PÚBLICO SIMPLIFICADO.

El testamento, como se ha expuesto, es un acto jurídico por esencia revocable. En tal virtud, el 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 producirá efecto aunque el segundo testamento caduque por la incapacidad o renuncia del heredero o de los legatarios nuevamente nombrados. La revocación del testamento no puede

confundirse con su nulidad. El efecto de la revocación no es la nulidad, sino el agotamiento de la eficacia de su contenido. La revocación se diferencia de la nulidad en que aquélla presupone siempre la validez del testamento, perdiendo su eficacia por la voluntad expresa o presunta del testador, en tanto que la nulidad supone siempre la invalidez. Para la revocación de un testamento no se exige que sea de la misma especie del que es objeto de revocación, puede ser a través de cualquiera de las especies admitidas.

Ni nuestro Código Civil, ni la Ley del Notariado señalan la forma de revocar este tipo de testamento, es por ello que nuevamente al recurrir a las disposiciones generales y por analogía diremos que este testamento se revoca de manera:

- a) Expresa.
- b) Tácita.
- c) Material o Real. (que como veremos en líneas posteriores, no cabe en el Testamento Público Simplificado).

Para recordar un poco sobre el tema, nos auxiliamos del Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM que dice "Revocación proviene del latín " revocatio - onis ", acción y efecto de revocare, dejar sin efecto una concesión, mandato o resolución; es un acto jurídico que deja sin efecto otro anterior por voluntad del otorgante".⁹⁴

Y en específico la Revocación de Testamento es el "acto por el cual el otorgante de un testamento se retracta de las disposiciones por causa de muerte contenidas en el mismo y lo deja sin efecto".

Como en muchas otras instituciones la revocación de disposición testamentaria tiene sus raíces y más fuertes pilares en el Derecho Romano. Desde la antigüedad, el testamento fue considerado un acto revocable por naturaleza, ya que en el se expresa la última voluntad de su autor, y mientras éste viva, su voluntad puede variar.

Trasladándonos a nuestro actual sistema, el Código Civil sostiene que el testamento es un acto revocable por definición (art. 1295 del Código Civil) esta facultad de revocar es de orden público; por lo tanto, no puede ser renunciante por el testador. El mismo artículo 1493 del Código Civil sanciona con nulidad absoluta la renuncia de la facultad de revocar el testamento.

Respecto a las formas de revocación tenemos:

⁹⁴ Diccionario Jurídico Mexicano. Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Editorial Porrúa, S.A., Quinta Edición, México 1989, Ciudad Universitaria, UNAM p. 2836

a) REVOCACIÓN EXPRESA.- Cuando se realiza mediante manifestación concreta de parte del testador. Aunque el Código Civil no lo estudia detalladamente, para Fernández Aguirre no es necesario que la revocación siga la misma forma que haya tenido el testamento revocado. Esto es, un testamento Ológrafo puede revocarse por un público abierto o cerrado y viceversa "⁹⁵

b) REVOCACIÓN TÁCITA.- Cuando se realiza mediante un acto que trae aparejada la deficiencia de las disposiciones testamentarias anteriores. Esto es, el otorgamiento de un testamento nuevo produce de pleno derecho la revocación del anterior; aunque en éste último no se exprese el deseo de revocar el primero. Aunque de acuerdo con el Código Civil en su artículo 1495 debe entenderse que la revocación NO surtirá efectos en caso de que el testamento posterior fuese absolutamente nulo, y subsistirá entonces el anterior. Otro supuesto de revocación tácita se da cuando el testador enajena las cosas legadas o heredadas; y deja sin materia sus disposiciones.

c) REVOCACIÓN MATERIAL O REAL.- Cuando el testador procede a la destrucción física del testamento, en los casos en que puede hacerlo (público cerrado y ológrafo). Este tipo de revocación no es aplicable al Testamento Público Simplificado, puesto que el testador no tiene la posibilidad de destruirlo físicamente, por no poseerlo materialmente, el documento se queda depositado en el Archivo General de Notarias, al igual sucede en el clásico, el Testamento Público Abierto.

El testamento público simplificado, puede revocarse expresa o tácitamente. Es de considerarse que este tipo de testamento puede otorgarse por una misma persona, tantas veces como viviendas tenga, pues la ley habla de "viviendas", aún cuando el testador no tenga establecida en alguna de ellas, su casa habitación; en consecuencia si una misma persona es propietaria de varias viviendas o de inmuebles que vaya a destinar a tal fin, puede otorgar testamento público simplificado respecto de cada uno de los inmuebles, aunque seguramente en tales casos el testador optará por otorgar testamento público abierto. En esos supuestos se debe cuidar la redacción en todo testamento a fin de dejar subsistentes otros testamentos públicos abiertos o de otra clase respecto del resto del patrimonio del testador, como públicos simplificados respecto de otras viviendas de las que fuere titular, salvo que el testador quisiera revocar disposiciones anteriores, y en tal caso se asentará así en el nuevo testamento. Es por ello que recomendamos que en la práctica debe aplicarse la fórmula siguiente en las cláusulas del testamento en cuestión:

Salvo los testamentos públicos simplificados que hubiere otorgado, mismos que deseo subsistan en sus términos, revoco totalmente cualquier disposición testamentaria que pudiere aparecer otorgada por mí antes de hoy, pues es mi

⁹⁵ Fernández Aguirre, citado por Aguilar Carvajal Leopoldo. "Derecho Civil" Bienes, Derechos Reales y Sucesiones, Editorial Porrúa, S.A. 2a. Edición, México 1967, p. 215

voluntad que sólo el presente testamento y los públicos simplificados en su caso, tengan plena validez".

Este testamento se rige de acuerdo a las normas generales de los demás, esto es, su revocación puede ser expresa o tácita en el o por el otorgamiento de otro posterior; ya sea de la misma naturaleza o de otro tipo. Un testamento público simplificado puede revocar a otro distinto, como un público abierto, por lo que respecta al inmueble materia del primero, dejando subsistente al segundo en cuanto al resto de los bienes. Y de igual forma, un testamento de la modalidad que sea, siguiendo el ejemplo, un público abierto, podrá revocar un público simplificado al instituir heredero o legatario diferente al instituido en el público simplificado respecto del inmueble legado.

3.4. ENTREGA Y ADJUDICACIÓN DEL BIEN LEGADO.

No todas son desventajas y críticas respecto al Testamento Público Simplificado. Desde nuestro punto de vista pocos son los atributos de esta banal figura, pero uno de sus lados positivos es en torno a la entrega del inmueble, a la adjudicación tan sencilla o simplificada que se pretende en este tipo de sucesión, situación que sería de mucha ayuda siempre y cuando se contara con un medio seguro, confiable y eficaz para obtener con certeza los informes del Archivo General de Notarías.

En el multicitado artículo 1549 Bis, fracción V leemos: "Los legatarios podrán reclamar directamente la entrega del inmueble y no serán aplicables los artículos 1713, 1770 ni demás relativos del Código Civil". Estos dos preceptos hacen referencia a la actuación del albacea con relación a la formulación del inventario y entrega de los bienes, (artículo 1713: "El albacea, antes de formar el inventario, no permitirá la extracción de cosa alguna, si no es que conste la propiedad ajena por el mismo testamento, por instrumento público o por los libros de la casa llevados en debida forma, si el autor de la herencia hubiere sido comerciante". 1770: "Si el autor de la herencia dispone en su testamento que a algún heredero o legatario se le entreguen determinados bienes, el albacea, aprobado el inventario, les entregará esos bienes, siempre que garanticen suficientemente responder por los gastos y cargas generales de la herencia, en la proporción que les corresponda".).

Lo anterior significa, que será necesario que el albacea haya formulado el inventario para poder entregar el inmueble al legatario del Público Simplificado. Tradicionalmente se ha dispuesto que las cargas o deudas de la herencia recaigan en primera instancia sobre los herederos, y en el caso de que los bienes heredados no sean suficientes para cubrir esas deudas, responderán en segunda instancia los legatarios en proporción al bien recibido, ¿Qué tan aplicable resulta esto para el caso que nos ocupa?. En mi opinión, el legatario instituido por Testamento Público Simplificado NO tiene la obligación de responder por otro tipo

de cargas o deudas de la herencia que NO SEAN LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONAR ALIMENTOS A LOS ACREEDORES DEL TESTADOR, Y ESTO, EN LA PROPORCIÓN QUE EL VALOR DEL LEGADO REPRESENTA EN LA TOTALIDAD DEL ACERVO HEREDITARIO.

Y ahora, pasando a la parte final del segundo precepto citado, diremos que el beneficiado por Testamento Público Simplificado (legatario) no tiene la obligación de garantizar ni suficiente ni "insuficientemente" la forma de responder por los gastos y cargas de la herencia en ninguna proporción, simple y sencillamente enterará al albacea que existe testamento público simplificado donde él es legatario y pedirá le entregue el inmueble haya o no sido elaborado y aprobado el inventario, haya o no cargas o gravámenes en la herencia (siempre y cuando no sean en materia alimenticia) y de ninguna manera tendrá que garantizar la forma de responder por ellos.

En realidad, esta es una gran ventaja pues el legatario no tendrá que verse envuelto en trámites engorrosos ante autoridad judicial o de otra índole para poder disfrutar del bien legado. Con esto no se pierde la seguridad jurídica al acreedor alimentista, pues de este tipo de deudas se responderá en primera instancia con el acervo de la herencia, y al no ser suficiente se procederá a solicitar a los legatarios la parte proporcional que les corresponda.

Respecto a la adjudicación, en cuanto al procedimiento, el artículo 876 Bis, adicionado al Código de Procedimientos Civiles, establece:

"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.

Estos requisitos resultan por demás lógicos, no hay forma más fehaciente y que haga prueba plena, que el acta de defunción otorgada por autoridad competente. De igual forma sucede con el testimonio de la escritura que contiene al testamento público simplificado. Es decir, primero debemos acreditar el supuesto que da lugar a la sucesión y, en segundo lugar, que para ello existe disposición de última voluntad.

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.

Esta publicación, única, a diferencia de las dos exigidas en el trámite sucesorio cuando hubo testamento público abierto, no tiene otro objetivo que el

dar a conocer la tramitación de la titulación con base en un testamento público simplificado; de la sucesión de determinada persona, y quién es el legatario instituido, y que parentesco los unía. De esta forma, las personas que tengan interés, podrán presentarse y hacer valer sus derechos.

III.- El notario recabará del Archivo General de Notarías, del Archivo Judicial del Distrito Federal y de los correspondientes archivos y 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.

Las dependencias anteriormente señaladas son aquellas a las que el notario tendrá que acudir para solicitar informe de la existencia de testamento posterior que pudiera anular al público simplificado.

Ahora el motivo de estudio gira en torno a saber si es eficiente realmente el sistema que se lleva en estas dependencias para la correcta y certera obtención del informe de mérito. Indudablemente el fin es de buena fe, el legislador obliga al notario a constatar por este medio que el bien legado por testamento público simplificado, y del que pretende hacer la adjudicación y entrega, no está condicionado a otra disposición de última voluntad posterior, que pueda hacer que el legatario presuntamente beneficiario, no posea realmente ese derecho.

Pero la cuestión es ¿Será suficiente con la indagación que se haga en la circunscripción dentro de la cual murió el testador, o tuvo su último domicilio, o donde testó por público simplificado? ¿Qué sucederá si en sus últimas vacaciones tuvo el deseo de otorgar nueva disposición testamentaria, y nadie lo supo? Todas estas y más interrogantes son las que dan motivo a la inquietud de proponer la creación de un Archivo Nacional de Testamentos, a nivel Federal; pues esta institución proporcionaría la seguridad jurídica y certeza que todo testador y heredero o legatario requieren para mayor tranquilidad, tanto al disponer de sus bienes, como al adquirirlos, sabiendo que difícilmente podrá presentarse un tercero que pueda alegar mejor derecho sobre el inmueble.

No podemos olvidar que la materia sucesoria es local, pero esto no impide el saber que todos y cada uno de los Estados de la República Mexicana cuentan con un órgano que realiza funciones idénticas a las del Archivo General de Notarías del Distrito Federal, donde pueden obtener esta información que es exigida por sus propios Códigos de Procedimientos Civiles; esto es, en nuestra opinión y siendo tan similar la regulación sucesoria en el Distrito Federal y en el resto de la República Mexicana, no comprendemos el porque no implementar a nuestro sistema un Centro de Información General de Testamentos a nivel Federal, llámesele Archivo, Oficina Órgano, etc., lo primordial es que cumpla con el objetivo buscado durante años, la seguridad jurídica de la población. Además, no sería difícil lograrlo en la actualidad, pues con el auxilio de la tecnología, las computadoras, la Internet, los aparatos denominados "fax", el teléfono y más

inventos y avances tecnológicos originados por el mismo ritmo de vida del ser humano, sería absurdo el mantenerlos obsoletos al no aplicarlos a una labor tan viable como es ésta, inclusive, no se requeriría una infraestructura compleja, pues solo bastaría que este archivo fuese virtual, es decir, simplemente localizar en un banco de datos mismos que estarían al alcance de quien tuviese una computadora y esta conectada a la red.

Y ya una vez cerciorado el fedatario público de que no existe impedimento para continuar con el trámite sucesorio, así lo hará, redactando el instrumento de la protocolización de la adjudicación sucesoria, donde se hará constar la aceptación del cargo de legatario instituido; e inmediatamente se podrá proceder a la entrega del bien.

Esta fracción remarca lo establecido en el artículo 80 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, con una diferencia y obligación adicional: recabar también los informes de las Oficinas conducentes del último domicilio del autor de la sucesión; lo cual ya es un paso adelante al sistema que se venía observando, pues ya no se limita a solicitar el informe dentro de la circunscripción donde testó, sino que ahora también da la posibilidad de hacerlo en el último lugar donde vivió y murió.

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

La inscripción en el Registro Público de la Propiedad de este instrumento tiene el efecto, al igual que el resto de las inscripciones, de hacer valer el derecho en él enunciado, frente a terceros. El Registro Público de la Propiedad es una oficina pública que tiene por objeto dar a conocer cuál es la situación jurídica de los bienes, primordialmente inmuebles, que se inscriban en él. En nuestro sistema jurídico el Registro Público de la Propiedad no genera por sí mismo la situación jurídica a la que da publicidad; esto es, no es la causa jurídica, no es el título del derecho ahí inscrito; se limita a declarar, es por ello que se dice que tiene efectos declarativos, no constitutivos de derechos, declara el derecho obtenido mediante un acto jurídico previo a la inscripción; sólo busca hacer del conocimiento de los terceros la situación jurídica del inmueble. Así, quien pretenda celebrar un acto jurídico relativo a un inmueble, conoce, o se presume que conoce, su situación jurídica y los efectos del acto que le dio origen a la inscripción registral le son oponibles a dicho tercero, aún cuando no fue parte en el mismo. Es entonces, que al ser la transmisión del bien inmueble vía sucesión, un acto jurídico traslativo de dominio - de inmueble -, es necesaria su inscripción registral.

Con las formalidades previstas en el Código Civil y la Ley del Notariado, el Notario redactará el instrumento respectivo. Desde luego, como cualquier acto traslativo de dominio habrá que calcular y enterar los impuestos, dar los avisos, etc., y tramitar su inscripción en el Registro Público de la Propiedad. Nos llama la atención la posibilidad de la repudiación; podría pensarse que la misma sólo se admite una vez efectuados los demás trámites, creemos que ella podrá hacerse en cualquier momento a partir del fallecimiento del testador. Esto reviste importancia por la implicación fiscal del repudio.

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

Basado en la idea de la simplicidad del trámite, la economía tanto en tiempo como en dinero, y sobre todo la seguridad jurídica, el entonces legatario podrá otorgar testamento público simplificado en el propio instrumento de adjudicación.

En resumen, para la titulación notarial de la adquisición por los legatarios instituidos en el testamento público simplificado, se observarán los requisitos y pasos siguientes:

a) Exhibición al notario de copia certificada del acta de defunción del testador y del testimonio del testamento público simplificado.

b) El notario indagará en los diversos archivos para saber de la existencia de otro testamento posterior que pudiera revocar el público simplificado. Asimismo el notario tendrá que hacer una publicación en un periódico de amplia circulación en la República. Situaciones que se propone se hagan a nivel Federal, esto es en todos y cada uno de los Estados que integran la República Mexicana.

c) El notario se cerciorará de la existencia de la Institución de legatarios y la aceptación de éstos al cargo y es entonces que redactará el instrumento de la formalización de la adquisición y tramitará su inscripción en el Registro Público de la Propiedad, previa satisfacción de las contribuciones respectivas.

Algo novedoso, es que en el mismo instrumento que redacta el notario, los legatarios podrán otorgar su testamento, por público simplificado, tratando con esto, de cumplir con la simplicidad del testamento. Esta institución tiene como objetivo, facilitar el trámite para el otorgamiento del testamento y adjudicación del bien, evitando trámites judiciales engorrosos.

Para nosotros, el primer objetivo, la facilidad en su otorgamiento, no difiere del otorgamiento de un testamento público abierto, pues las formalidades son idénticas; y en cambio, la simplicidad deviene en la titulación, ahí, es donde radica su ventaja y utilidad.

A medida que se va profundizando en su estudio y análisis podemos percatarnos de varias situaciones que denotan que no es tan perfecto como se pensaba y que en tal sentido la reforma requiere de una reflexión más profunda para no introducir una figura (no tan nueva como se cree) que contravenga al sistema sucesorio vigente; sino más bien lograr cumplir el fin o los motivos que tuvo el legislador para adicionar al sistema sucesorio esta figura.

3.5. COMENTARIOS RESPECTO DEL TESTAMENTO PÚBLICO SIMPLIFICADO.

El presente trabajo de análisis ha dado pauta a las siguientes interrogantes:

A) ¿Es realmente, éste, un testamento? ¿Cumple con las formalidades y solemnidades requeridas para serlo?

El Código Civil no es tan extenso al respecto, como lo es en otros testamentos, es por ello que para su formulación y otorgamiento nos vamos guiando por analogía, aunque a decir verdad el legislador debe plasmar los requisitos, formalidades y solemnidades exigidas para este testamento en el propio ordenamiento, esto es, en el Código Civil.

En realidad consideramos que la actual redacción del artículo 159 Bis, lagunas que generan o dan pie al surgimiento de dudas para su interpretación, obligándonos a echar mano de la analogía, que a nuestro parecer, no es la forma correcta de aclarar y resolver estas dudas.

Para comenzar consideramos que su denominación es incorrecta, puesto que como ya lo hemos visto no satisface los requisitos y características necesarias para poder ser llamado "Testamento", aunque lo de público y simplificado si resulta ser más apropiado; esto es, puede llamársele público por la forma en que es otorgado, o sea ante notario, y simplificado porque ciertamente con esta institución se busca simplificar el trámite, tanto del otorgamiento por parte del testador, como de la tramitación de la adjudicación del bien legado; pero no encierra en sí la característica de ser secreto, libre, personalísimo, etc. como lo son el resto de sus análogos, esto es, quiso el legislador que fuera tan simple y sencillo su otorgamiento que se salió de los parámetros normales de todo testamento. Entonces es de concluir que lo simplificado es el trámite sucesorio, no en sí el propio testamento.

B) ¿Qué tan correcto o positivo es el hecho de que, contrariamente a la costumbre de años, precedentes en un sólo testamento puedan testar dos o más personas? ¿Qué ocurrió con la naturaleza esencialmente individual que caracteriza al testamento? ¿Ya no es un acto personalísimo? ¿No podríamos caer en los supuestos de instituirse legatarios recíprocos o lo que es igual otorgar un testamento mancomunado o con pacto sucesorio?.

Puede resultar hasta cierto punto favorable en el sentido práctico, esto es, no habrá necesidad de invertir más tiempo y dinero para que cada cónyuge o copropietario otorguen su testamento, donde la materia objeto del mismo es común, y lo único que quizá variaría es el legatario.

Además, no se puede pasar por alto un derecho del testador, que es la "libertad para testar". Libertad que no tan fácilmente podrá observarse si el cónyuge o el copropietario tiene conocimiento de quien es la persona a la que el otro, su copropietario o cónyuge, está instituyendo como legatario de su parte o porción. Y por lo que toca a la importante tarea que tiene en hombros el fedatario público, diremos que corresponde a él y sólo a él informar al testador que el legatario que va a instituir NO debe estar presente en el otorgamiento; y que la ley expresamente prohíbe el estipular "pacto comisorio" entre los otorgantes.

C) Respecto a la revocación de este testamento, no podemos dejar de soslayar el requerimiento legal que obliga a solicitar, por parte del Notario, la información precisa al testador de la existencia de otro testamento, y de que tipo es. Si es el caso de que exista, deberá cerciorarse si es o no la intención del testador que éste subsista en sus términos; esto se logrará leyendo con cuidado el testimonio del testamento en cuestión verificando la existencia de alguna cláusula de subsistencia del público simplificado o alguna declaración que haga presumir esta situación; pues esto implicaría adicionar cláusulas especiales al testamento público simplificado haciendo constar la situación o salvedad de mérito, y de ésta forma se evitará la revocación de un testamento que NO era la intención del autor de la sucesión la desaparición del primero.

D) ¿Qué tan certero fue la intención del legislador de manejar el TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO COMO UNA FIGURA JURIDICA NUEVA DEL DERECHO SUCESORIO? ¿Es realmente o no una institución novísima? En nuestra opinión, la innovación consiste en que a ésta figura jurídica se le haya investido con las características más próximas a un testamento, y por añadidura se le otorgó esta denominación; pero en realidad, como ya lo analizamos no cumple con los requisitos establecidos para todo testamento; pero en sí, lo que encierra la institución NO es tan nuevo. En otras leyes, como la de INFONAVIT o la Ley Agraria y su reglamento, se manejaba la institución de beneficiarios para el caso de muerte del titular de un derecho, ya sea parcelario, de propiedad o de filiación.

Lo anterior nos permite aseverar que esta figura jurídica no se encuadra jurídicamente en la figura de los testamentos, como ya dijimos no cumple con las características propias de éstos; y a contrario sensu, atendiendo a la definición del Testamento Público Simplificado, desprendemos no es un acto que nazca por sí mismo, ya que tiene que existir previamente un acto jurídico (que es la adquisición del inmueble, ya sea vía compraventa, regularización o adjudicación testamentaria) para que surja el público simplificado como acto accesorio, coligiendo, si no hay un acto jurídico previo: el testamento público, no puede surgir en la vida jurídica toda vez que existe la condición jurídica del surgimiento de un

acto jurídico previo. De todo lo anterior es de concluirse que el testamento público simplificado presupone la adquisición o regularización de un bien. Si el testador, mediante simple acto de declaración de voluntad, sin que medie antecedente de adquisición o regularización de bien alguno, quiere disponer de un bien inmueble para después de su muerte, podrá hacerlo optando por alguna de las modalidades de los testamentos previstas por la ley, pero no por la del testamento público simplificado.

3.6. LEYES E INSTITUCIONES QUE CONTEMPLAN FIGURAS SEMEJANTES AL LEGATARIO DEL TESTAMENTO PÚBLICO SIMPLIFICADO.

Ahora, pasando a la otra cuestión:

¿Es o no nueva esta figura jurídica en cuanto al contenido y fin que persigue?

Según pudimos percatarnos al hacer un análisis comparativo al respecto, en diversas legislaciones, esta Institución jurídica no es tan novedosa como se pudiese creer, por ejemplo la Ley Agraria, la Ley del INFONAVIT, la de CORETT, FOVISSSTE y hasta las legislaciones de los Estados de Querétaro y Jalisco, entre otras, ya contemplan figuras similares, por no decir iguales, aunque con diversa denominación.

3.6.1. LEY DEL INFONAVIT

La gran demanda de vivienda por parte del sector social (sindicatos, agrupaciones sociales, gremiales, corporaciones, etc) ha obligado a los gobiernos tanto federal como estatales a buscar mecanismos para lograr este justo anhelo y necesidad del trabajador. La fracción XII del artículo 123 de nuestra Constitución Política, apartado "A" da la pauta para el nacimiento del INFONAVIT (Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, que es un organismo público con patrimonio y personalidad jurídica propios), con la finalidad de servicio social para resolver el problema de vivienda, y es exactamente este tipo de vivienda al que hace referencia el Testamento Público Simplificado. Además, aunque no deja de ser un problema social, la vivienda también es un derecho, según se estipula en el artículo 4o. de nuestra Constitución, pues la vivienda constituye el patrimonio familiar, de ahí nace para el Estado la importancia y obligación de instrumentar mecanismos para otorgar vivienda digna, considerándola como un elemento clave para el desarrollo social.

A efecto de corroborar lo anteriormente expresado ahondaremos un poco en algunas de las legislaciones mencionadas para constatar la hipótesis planteada en el sentido de que nuestro Testamento Público Simplificado si tiene precedentes.

Comencemos con la ley de INFONAVIT, publicada en el Diario Oficial de la Federación el veinticuatro de febrero de mil novecientos noventa y dos con sus últimas reformas.

El objeto que persigue esta Institución es, entre otros: "II.- Establecer y operar un sistema de financiamiento que permita a los trabajadores obtener créditos baratos y suficientes para:

- a) La adquisición en propiedad de habitaciones cómodas e higiénicas.
- b) La construcción, reparación, ampliación o mejoramiento de sus habitaciones; y ..."⁹⁶

De aquí se desprende el fundamento legal para que todo trabajador esté en posibilidad de adquirir fácilmente una vivienda de interés social, que cumpla con los requisitos de higiene y seguridad para su familia.

En cuanto a disposiciones relativas al tema, el artículo 40 de la misma ley dispone: "... El trabajador titular de la cuenta individual del sistema de ahorro para el retiro, deberá a la apertura de la misma designar beneficiarios. Lo anterior sin perjuicio de que en cualquier tiempo el trabajador pueda sustituir a las personas que hubiere designado, así como modificar, en su caso, la proporción correspondiente a cada una de ellas.

En caso de fallecimiento del trabajador, la Institución de crédito o entidad financiera respectiva entregará el saldo de la cuenta individual de ahorro para el retiro, a los beneficiarios que el titular haya señalado por escrito para tal efecto, en la forma elegida por el beneficiario de entre las previstas en este artículo. La designación de beneficiarios quedará sin efecto si el o los designados mueren antes que el titular de la cuenta (este párrafo fue adicionado por Reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el día veintidós de julio de mil novecientos noventa y cuatro).

A falta de los beneficiarios a que se refiere el párrafo anterior, dicha entrega se hará en el orden de prelación previsto en el artículo 501 de la Ley Federal del Trabajo:

"Tendrán derecho a recibir la indemnización en los casos de muerte:

La viuda o viudo que hubiese dependido económicamente del trabajador y que tenga una incapacidad de 50% o más, y los hijos menores de 16 años y los menores de esta edad si tienen una incapacidad de 50% o más;

⁹⁶

C.P. Carlos Cardenas Guajarez "Manual para la aplicación de la Ley del Instituto del Fondo Nacional para la Vivienda de trabajadores (INFONAVIT", Editorial Ediciones Fiscales I.S.E.F., México 1998"

II.- Los ascendientes concurrirán con las personas mencionadas en la fracción anterior, a menos que se pruebe que no dependían económicamente del trabajador;

III.- A falta de cónyuge supérstite, concurrirá con las personas señaladas en las dos fracciones anteriores, la persona con la que el trabajador vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte, o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hubieren permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, pero si al morir el trabajador, hombre o mujer, mantenían relaciones de concubinato;

IV.- A falta de cónyuge supérstite, hijos y ascendientes, las personas que dependían económicamente del trabajador concurrirán con la persona que reúna los requisitos señalados en la fracción anterior, en la proporción en que cada uno dependía de él;

V.- A falta de las personas mencionadas en las fracciones anteriores, el Instituto Mexicano del Seguro Social. "

Y en cuanto a la entrega: el trabajador o sus beneficiarios, según corresponda, deberán solicitar por escrito a la Institución de crédito o a la entidad financiera autorizada la entrega de los fondos correspondientes, acompañando los documentos que señale al efecto la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro. " 97

De la lectura del anterior precepto podemos desprender que el papel del legatario, en el Testamento Público Simplificado para después de la muerte del testador, ya se contemplaba en esta Ley con el nombre de BENEFICIARIO; en el caso de que el trabajador muriera tendría instituidos automáticamente por este medio a los beneficiarios que recibirán el ahorro del fruto de su trabajo por años; pero no podemos olvidar que el Sistema del Ahorro para el Retiro, como su nombre lo precisa, funciona o surte sus efectos no sólo en el supuesto de muerte del trabajador, sino también en el caso de que éste se retirara de sus labores por variadas circunstancias. El testamento público simplificado, surge a la vida jurídica, con todos sus efectos, en un sólo supuesto que es el de la muerte de su autor; en cambio el SAR surtirá efectos en dos supuestos, el primero, en el momento del retiro del trabajador y el segundo a la muerte de éste. De igual forma sucede en la reglamentación del ISSSTE e IMSS

Complementando lo dispuesto por el precepto 40, tenemos lo siguiente:

Artículo 37: "El derecho del trabajador y, en su caso, beneficiarios, a recibir los recursos de la subcuenta de vivienda en los términos del artículo 40 de

la presente ley, prescribe en favor del Instituto a los 10 años de que sean exigibles". * 98

Se hace, en este artículo, reconocimiento expreso del derecho del trabajador en primera instancia, y a su falta de los beneficiarios nombrados por él.

En dicha ley se contempla: **Art. 42:** "Los recursos del Instituto se destinarán:

1) Al otorgamiento de créditos a los trabajadores que sean titulares de depósitos constituidos a su favor en el Instituto. El importe de éstos créditos deberán aplicarse:

a) A la adquisición en propiedad de habitaciones....." * 99

Y ahora, nuestro más fuerte fundamento, el artículo 51, que dispone:

"Los créditos que el Instituto otorgué a los trabajadores estarán cubiertos por un seguro para los casos de incapacidad total permanente o de muerte, que libere al trabajador o a sus beneficiarios de las obligaciones, gravámenes o limitaciones de dominio a favor del Instituto derivados de esos créditos." * 100

El costo del Seguro quedará a cargo del Instituto.

Los trabajadores acreditados podrán manifestar expresamente su voluntad ante el Instituto, en el acto del otorgamiento del crédito o posteriormente, para que en caso de muerte, la liberación de las obligaciones, gravámenes o limitaciones de dominio que existan a favor del Instituto, así como la adjudicación del inmueble libre de aquellos, se haga en beneficio de las personas que designen conforme a lo que señala el artículo 40 de esta ley, con la prelación ahí establecida cuando así lo haya manifestado expresamente el trabajador, con sólo las formalidades previstas en el penúltimo párrafo del artículo 42 de esta misma ley y la constancia que asiente el Instituto sobre la voluntad del trabajador y los medios con que se acrediten la capacidad e identidad de los beneficiarios. En caso de controversia, el instituto procederá exclusivamente a la liberación referida y se abstendrá de adjudicar el inmueble.

En los casos a que se refiere el párrafo anterior, los registros públicos de la propiedad correspondientes deberán efectuar la inscripción de los inmuebles en favor de los beneficiarios, cancelando en consecuencia la que existiere a nombre del trabajador y los gravámenes o limitaciones de dominio que hubieren quedado liberados". * 101

* 98 C.P. Carlos Cárdenas Gutiérrez Ibidem.

* 99 C.P. Carlos Cárdenas Gutiérrez Ibidem.

* 100 C.P. Carlos Cárdenas Gutiérrez Ibidem.

* 101 C.P. Carlos Cárdenas Gutiérrez Ibidem.

En las líneas que anteceden encontramos el precedente más claro de la Institución, aquí llamada BENEFICIARIO, y en el Público Simplificado llamado LEGATARIO., y estas disposiciones fueron producto de la Reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha trece de enero de mil novecientos ochenta y cinco, esto es, casi diez años antes de la Reforma que ahora nos ocupa.

Para apoyar nuestro dicho, transcribiremos la cláusula relacionada a la "Caja de Seguros" que siempre se incluye en los instrumentos otorgados por INFONAVIT "

" Cláusula..Caja de Seguros.- En cumplimiento al artículo cincuenta y uno de la Ley del INFONAVIT y sin costo alguno para el trabajador acreditado: Este o sus beneficiarios quedan liberados de cubrir el saldo insoluto del crédito en caso de muerte o incapacidad total y permanente del trabajador. Asimismo en caso de fallecimiento además de la liberación del crédito mencionado, el INFONAVIT procederá a la adjudicación del inmueble en favor de las personas que haya designado el trabajador como beneficiarios de conformidad con el artículo cuarenta de la propia Ley y en los términos previstos por el artículo cincuenta y uno de ese ordenamiento legal." * 102

3.6.2. LEY AGRARIA Y SU REGLAMENTO.

Mientras, en la Ley Agraria de mil novecientos noventa y dos se establece:

Artículo 9.- "Los núcleos de población ejidales o ejidos tienen personalidad jurídica y patrimonio propio y son propietarios de las tierras que les han sido dotadas o de las que hubieren adquirido por cualquier otro título".

Artículo 17.- "El ejidatario tiene la facultad de designar a quien deba sucederle en sus derechos sobre la parcela y en los demás inherentes a su calidad de ejidatario, para lo cual bastará que el ejidatario formule una lista de sucesión en la que consten los nombres de las personas y el orden de preferencia conforme al cual deba hacerse la adjudicación de derechos a su fallecimiento. Para ello podrá designar al cónyuge, a la concubina o concubinario en su caso, a uno de los hijos, a uno de los ascendientes o a cualquiera otra persona.

La lista de sucesión deberá ser depositada en el Registro Agrario Nacional o formalizada ante fedatario público. Con las mismas formalidades podrá ser modificada por el propio ejidatario, en cuyo caso será válida la de fecha posterior."

* 102 Instrumento otorgado por el INFONAVIT, número 23390.

Artículo 18.- "... o cuando ninguno de los señalados en la lista de herederos pueda heredar por imposibilidad material o legal, los derechos agrarios se transmitirán de acuerdo con el siguiente orden de preferencia:

- I) Al Cónyuge
- II) A la Concubina o concubinario
- III) A uno de los hijos del ejidatario
- IV) A uno de sus ascendientes; y
- V) A cualquier otra persona de las que dependan económicamente de él...."

En otras palabras el ejidatario ya tenía y tiene la facultad de nombrar sucesores en cuanto a la titularidad de sus derechos agrarios para después de su muerte. Se le da seguridad jurídica al depositar esta lista de beneficiarios en el Registro Agrario Nacional, o bien, por la formalización de la misma ante notario público. El ejidatario tendrá la posibilidad de modificar su disposición siguiendo las mismas formalidades que para su otorgamiento, y como sucede en el resto de las disposiciones de última voluntad, tendrá vigencia o efectos jurídicos, la de fecha posterior o más reciente al fallecimiento. Nuevamente nos encontramos con la palabra "beneficiario" que aunque con distinta denominación, implica características derechos y prerrogativas similares al legatario instituido por testamento público simplificado.

Lo mismo sucede respecto de los solares, y es regulado, aunque escuetamente, por el Reglamento de la propia Ley Agraria en su artículo 57 que dispone: "Cuando la Asamblea haya aprobado la delimitación de la zona de urbanización sobre las tierras en las que se encuentre asentado el poblado ejidal, se procederá a elaborar las cédulas de información correspondientes en las que consten, además de los datos establecidos en las normas técnicas del Registro, el carácter con el que se ostenta quien posea el solar, así como una clave individual que permita identificar a cada beneficiario de manera inequívoca."

Tendremos que reparar en el hecho de que a diferencia del trámite sucesorio del Testamento Público Simplificado, donde no se requiere la intervención de autoridad judicial alguna sino que el legatario directamente se presentará ante fedatario público para regularizar la situación; por el contrario, en este caso los beneficiarios instituidos por el ejidatario, aparcerario o dueño de un solar, tendrán que ventilar el asunto ante el Tribunal Agrario, en los términos del artículo 18 de la Ley Orgánica de los Tribunales Agrarios.

Artículo 18.- "Los Tribunales unitarios conocerán, por razón del territorio de las controversias que se les planteen con relación a tierras ubicadas dentro de su jurisdicción, conforme a la competencia que les confiere este artículo."

Los Tribunales unitarios serán competentes para conocer...

- VII.- De controversias relativas a la sucesión de derechos ejidales y comunales...."

3.6.3. CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE QUERÉTARO.

Pasemos a la legislación del estado de Querétaro tanto del Código Civil como del Código de Procedimientos Civiles. Ahora, en dicho Código Civil se reglamenta la forma de heredar un bien inmueble determinado considerado como vivienda de interés social o popular, muy similar a nuestro Testamento Público Simplificado.

Las respectivas reformas de nueve de diciembre de mil novecientos noventa y tres, relativas al Título Tercero denominado "Los testamentos y sus formas", Capítulo II "De las Disposiciones Generales", recayó en el artículo 1378 de los Testamentos ESPECIALES, y consistió en adicionar una fracción V, quedando como sigue :

" El especial puede ser:

- I.- Privado;
- II.- Militar;
- III.- Marítimo;
- IV.- Hecho en país extranjero; y
- V.- La disposición testamentaria que se haga respecto de un inmueble conceptuado como vivienda de interés social o popular, designando beneficiarios en el acto de adquisición".

De esto deducimos que es catalogado dentro de los testamentos especiales, y como tal recibirá el mismo tratamiento.

De igual forma, en el Título Tercero se adicionó el Capítulo VIII denominado "El testamento sobre la vivienda de interés social o popular" en el que su único artículo, el 1460 Bis expresa: "En la adquisición de vivienda conceptuada por las leyes como de interés social o popular, puede establecerse disposición del inmueble respectivo para después de la muerte del adquirente, sin que para el caso se requieran otras formalidades que la designación de los beneficiarios y las establecidas para el acto jurídico donde titulen la propiedad. Para tal efecto se

incluirla una cláusula especial por cada adquirente del inmueble." Para esta forma de transmisión hereditaria se aplicarán las reglas de los legados".

Aún no satisfecho el legislador de Querétaro, y muy atinadamente, siguió modificando preceptos, tal es el caso del artículo 2884 que expresaba: "Se inscribirán en el Registro:

- I.- Los títulos por los cuales se adquiere, transmite, modifica, grava o extingue el domicilio, la posesión o los demás derechos reales sobre inmuebles;
- II.- La constitución de patrimonio de familia;
- III.- Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un periodo mayor de seis años y aquellos en que haya anticipos de rentas por más de tres;
- IV.- La condición resolutoria en las ventas a que se refieren las fracciones I y II del artículo 2178;
- V.- Los contratos de prenda que menciona el artículo 2741;
- VI.- La escritura constitutiva de las asociaciones y la que la reforme;
- VII.- La escritura constitutiva de las sociedades civiles y la que la reforme;
- VIII.- Las asociaciones de beneficencia privada o asistencia social;
- IX.- Las resoluciones judiciales o de árbitros o arbitradores que produzcan algunos de los efectos mencionados en la fracción I;
- X.- Los Testamentos por los cuales se deje la propiedad de bienes raíces, o de derechos reales, haciéndose el registro después de la muerte del testador;
- XI.- En los casos de intestado, el auto declaratorio de los herederos legítimos y el nombramiento de albacea definitivo;
- XII.- Las resoluciones judiciales en que se declare un concurso o se admita una cesión de bienes;
- XIII.- El testimonio de las informaciones "ad perpétuam" promovidas y protocolizadas de acuerdo con lo que disponga el Código de Procedimientos Civiles; y
- XIV.- Los demás títulos que la ley ordene expresamente que sean registrados."

Y al que se le agregó un segundo párrafo quedando:

"Tratándose de la transmisión hereditaria de la vivienda de interés social o popular se inscribirá la protocolización respectiva en calidad de título de propiedad".

Esto último, al igual que sucede en la legislación del Distrito Federal, facilita de manera impresionante el trámite de la adjudicación, pues la inscripción del documento protocolizado ante notario público tendrá la calidad de título de propiedad, sin necesidad de ningún otro trámite.

Y por otro lado, resulta muy acertado que a este tipo de testamento se le clasifique como especial y se le denomine según su finalidad: "Testamento sobre la vivienda de interés social o popular" y, aunque su nombre no lo diga, su objetivo también es simplificar el trámite.

En el Código de Procedimientos Civiles, respecto al trámite o procedimiento para la adjudicación del bien, artículo 904 párrafo segundo dispone: "Para la transmisión hereditaria de la vivienda de interés social o popular, el notario seguirá, sin requerir de mayores formalidades el procedimiento establecido en el artículo 921 Bis".

Y este último precepto ubicado en el Capítulo XV Título Decimoquinto enuncia:

"Cuando se hubiere designado beneficiarios en la adquisición de vivienda conceptuada por las leyes como de interés social o popular, al ocurrir el fallecimiento, se procederá a ejecutar la estipulación en la siguiente forma:

I.- El beneficiario podrá ocurrir ante Notario del lugar donde se encuentra el inmueble para iniciar el procedimiento de transmisión.

II.- El notario que corresponda se cerciorará del fallecimiento y sin necesidad de levantar acta solicitará informes del Archivo General de Notarías y al Registro Público de la Propiedad, en relación a la existencia de cualquier otra disposición testamentaria que pudiera modificar la designación.

III.- Obtenidas las constancias respectivas, se protocolizarán en unión del acta de defunción, relacionando la cláusula testamentaria y el instrumento servirá de título de la propiedad sin que sea necesaria la tramitación de la sucesión ni la designación de albacea. El título citado deberá inscribirse en el Registro Público de la Propiedad.

IV.- En caso de que el beneficiario fuere incapaz, será representado por quien corresponde según las Leyes, y se hará constar esta circunstancia al efectuar la protocolización.

V.- En caso de controversia el notario se abstendrá de protocolizar y remitirá la documentación respectiva al Tribunal Superior de Justicia con objeto de que se tramite la sucesión ante el juzgado competente.

VI.- La protocolización a que se refieren estas dos disposiciones no causará impuesto o derecho alguno a favor del fisco estatal o municipal. "

De lo anterior resumimos: el procedimiento para la adjudicación del bien legado por testamento sobre la vivienda de interés social o popular, también se iniciará ante un notario público, quien previa la obtención de los informes a las dependencias necesarias para cerciorarse de la existencia o inexistencia de alguna otra disposición testamentaria, redactará el instrumento respectivo que servirá de título de propiedad sin necesidad de albacea o trámite ante autoridad judicial, salvo, en caso de conflicto. Y para que surta efectos frente a terceros, dicho título debe inscribirse.

Mención especial merece el hecho de que en el caso del beneficiario incapaz, no se nombra a un REPRESENTANTE ESPECIAL, se limita a decir que se representará por quien corresponda según lo marque la ley, sin entrar en denominaciones absurdas. Cumpliendo realmente su objetivo más fuerte, este testamento es económico tanto en su otorgamiento como en la adjudicación puesto que la adjudicación del bien, NO tiene cargo en cuanto a impuestos y derechos a favor del fisco estatal o municipal que corresponda.

Por el momento, los Estados de Querétaro y Jalisco son los únicos de la República Mexicana que se ha preocupado por adicionar esta figura en sus leyes, aunque no dudo que ya exista inquietud por parte de otros Estados al respecto y que en un futuro no muy lejano ya podamos saber de su regulación, quizá aún más perfeccionada o con otros matices pero sin salir del objetivo perseguido "Simplicidad en el otorgamiento del testamento y adjudicación del bien legado" con lo cual se despierta el interés por testar y se ahorra mucho tiempo, conflictos y trámites tediosos.

Lo que dio origen a esta reforma y consecuente adición de los preceptos que rigen la vida jurídica del "Testamento Público Simplificado", es sólo el hecho de que el legislador viendo las necesidades sociales imperantes en la comunidad, se da a la labor de dar cumplimiento a uno de los derechos más importantes que posee todo ciudadano, reconocido por nuestra Carta Magna; que es el de la vivienda digna; mismo que siempre ha sido uno de los problemas más grandes de nuestro país. En vista a ésta decadencia, el propio Gobierno Federal ha tratado de implementar programas que ayuden a su mejoramiento, tales como el INFONAVIT, FOVISSSTE, los derechos reconocidos a los trabajadores por instituciones como el IMSS, ISSSTE, etc. que impulsan la adquisición de vivienda destinada a familias de escasos recursos; y por ello ahora se buscan medidas complementarias que garanticen la eficacia jurídica de los programas de vivienda de interés social y los de regularización de tenencia de la tierra; procurando así, la

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

seguridad de los propietarios. Esta figura del "testamento Público Simplificado", lo que persigue es ampliar los beneficios derivados de la titulación de la vivienda de interés social o popular, para evitar que a la muerte del titular, sus descendientes no se encuentren, por carecer de medios económicos y falta de cultura, ante una nueva situación de irregularidad en la tenencia jurídica de la propiedad; esto, en razón de la falta de disposición de última voluntad otorgada bajo la normatividad de derecho común; en parte provocada por la ignorancia del testador, y en parte por el temor de ser un trámite muy costoso y lleno de trabas para su otorgamiento.

Se busca dar solución a una de las demandas más fuertes de la sociedad, cuyo propósito fundamental es resolver los problemas de bienes intestados, al hacer designación de beneficiarios en el mismo acto contractual o en la expedición del título respectivo, de esta forma, el procedimiento sucesorio se simplifica y facilita la transmisión hereditaria. Asimismo, como no puede dejar, el legislador, aislada la posibilidad de que al adjudicar el bien legado por Público Simplificado, el nuevo adquirente deje oscilante el destino del mismo, tuvo la precaución de que; en el mismo instrumento donde se hace constar la transmisión hereditaria, dónde se encierra la aceptación y por ende la adquisición del legado, se haga posible la designación de nuevos beneficiarios, por parte del ahora legatario, en ese mismo acto, y así lograr la consecución de seguridad jurídica de los descendientes del propietario.

Ahora, entrando un poco a la forma de otorgarlo y a la intervención del Notario Público diremos que siendo la Escritura Pública Notarial un garante de la seguridad jurídica, es conveniente que el acto que nos ocupa se otorgue bajo la intervención directa del Fedatario Público, pero simplificando las solemnidades para facilitar su validez y posterior ejecución.

"CONCLUSIONES"

PRIMERA.- El artículo 1549 Bis, estudiado y analizado, y que es motivo del presente trabajo incerto en el Código Civil para el Distrito Federal, mismo que consideramos se establece con el objeto de crear y fundamentar legalmente la figura jurídica del Testamento Público Simplificado, sin embargo refleja poco estudio y análisis jurídico, situación que se manifiesta en la propia redacción del mismo; a diferencia, del análisis y conocimiento con que se nota fueron redactados el resto de los capítulos destinados a los testamentos. Lo anterior nos permite aventurarnos a sugerir su inmediata derogación, a fin de evitar duplicidad en los contenidos de los artículos correspondientes o en su caso confusión, derivada de la carencia antes mencionada.

SEGUNDA.- De igual manera resulta ociosa la inclusión de la figura jurídica del Testamento Público Simplificado en nuestro sistema jurídico sucesorio, puesto que existen ya otras figuras jurídicas que pueden cumplir su objetivo auxiliándonos, como es el caso de una figura ya incluida en la ley: el Testamento Público Abierto, haciendo quizá algunas pequeñas adecuación a ciertas hipótesis.

TERCERA.- Que como resultado del análisis y estudio contenidos en el presente trabajo, podemos concluir que el legislador no debió denominar "testamento" a esta figura jurídica, toda vez que no cabe dentro del concepto histórico y mucho menos jurídico- legal (artículo 1295 del Código Civil para el Distrito Federal), pues al no satisfacer las características que identifican a dicha institución, en ninguna forma se le debe atribuir la naturaleza jurídica de testamento.

CUARTA.- Esta figura del Testamento Público Simplificado no es nueva y original, ya que anteriormente, en otras leyes se contemplaba el papel que desempeña el legatario, sólo que se le denomina beneficiario.

QUINTA.- El legislador buscó instituir un beneficiario, queriendo favorecer a un grupo social débil, y para ello tergiversó la figura jurídica del legatario, situación totalmente antijurídica.

SEXTA.- De igual manera y como resultado del presente estudio se deduce que tomando provecho del beneficio que nos ofrecen los adelantos tecnológicos, resultaría prudente crear un **Banco de Datos a nivel nacional**, datos proporcionados por todos los notarios de la República Mexicana a fin de tener a la disposición y en forma inmediata la información de todos los testamentos otorgados en territorio nacional; lo que se traduce en seguridad jurídica, para quienes otorgan disposición testamentaria y para sus beneficiarios.

BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA

Aguilar Carvajal Leopoldo.- "Derecho Civil, Bienes, Derechos reales y Sucesiones" Editorial Porrúa, S.A., México 1986.

Arias Ramos.- "Derecho Sucesorio," Segunda Edición, 1950, Buenos Aires, Argentina, 1942. y "Derecho Romano," Décima Cuarta Edición, Tomo II, Madrid, España, 1977.

Bialostosky, Sara.- "Panorama del Derecho Romano." Tercera Edición, Editorial U.N.A.M., Facultad de Derecho, México, 1990.

Binder, Julien.- "Derecho de Sucesiones." Segunda Edición. Traducción de Bugerliches, Recht y Erbrecht. Barcelona, España, 1953.

Biondi.- "Sucesión Testamentaria y Donación." Segunda Edición, Traducción de Manuel Fairén. Barcelona, España, 1960.

Bonnecase, Julien.- "Tratado Elemental de Derecho Civil," Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, Tomo V, Traducción de José M. Cajica Jr. Tijuana, Baja California, México, 1985.

Bravo González, Agustín y Bravo Valdéz, Beatriz.- "Segundo Curso de Derecho Romano." Décima Edición, Editorial Pax-México, Librería Carlos Césarman, S.A., Febrero, 1984.

Castán Tobeñas, José.- "Derecho Civil Español Común y Foral." Editorial Rerur. S.A., Madrid, España, 1978.

De Buen.- "Notas sobre el Derecho Civil Español," Segunda Edición, Volumen VII, "De las Sucesiones," Madrid, España, 1951.

De Diego, Clemente.- "Dictámenes Jurídicos," Tomo III, "Sucesiones," Barcelona, España, 1959, e "Instituciones de Derecho Civil Español" (Nueva edición revisada por Cossio y Gullón, Madrid, 1959). Tomo III, "Derecho de Sucesiones. Derecho Hereditario," Madrid, España, 1932.

De Ibarrola, Antonio .- "Cosas y Sucesiones," Quinta Edición, Editorial Porrúa. S.A., México, 1981.

De Pina, Rafael.- "Derecho Civil Mexicano," Editorial Porrúa, S.A., México, 1992.

Domínguez Martínez, Jorge Alfredo.-"Derecho Civil, Parte General, Personas, Cosas, Negocios Jurídicos e Invalidez." Editorial Porrúa, S.A., México, 1990.

Floris Margadant, Guillermo S.-"El Derecho Privado Romano como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea." Décima Séptima Edición, Editorial Esfinge, S.A. de C.V., México, 1991.

Foignet, Rene.-"Manual Elemental de Derecho Romano," Editorial José María Cajica Jr., S.A., México, 1956.

GALINDO GARFIAS "Estudios de Derecho Civil" Editorial Porrúa S. A., México, 1990.

Kipp.-"Tratado de Derecho Civil," Traducción de Blas Pérez González y José Alguer. Editorial Bosch, Casa Editorial, S.A., Tomo V, "Derecho de Sucesiones," Volumen I y II, Barcelona, España, 1971.

López Gómez, R.-"Tratado Técnico Legal del Derecho de Sucesiones" Volumen II, Valladolid, España, 1918.

Lozano Noriega, Francisco.-"Cuarto Curso de Derecho Civil, Contratos." Quinta Edición, Editorial Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., México, 1990.

Macedo, Pablo .-"Código Civil de 1870, su importancia en el Derecho Mexicano," Primera Edición, México, 1971.

Messineo.-"Derecho de las Sucesiones por causa de muerte." Editorial Padova, Buenos Aires, Argentina, 1956, y "Manual de Derecho Civil y Comercial," Octava Edición, Editorial Padova, Volumen III, Segunda Parte, Buenos Aires, Argentina, 1957.

Ortega Pardo.-"Herederero Testamentario y Herederero Forzoso". Anuario de Derecho Civil, 1950.

Petit, Eugen.-"Tratado Elemental de Derecho Romano" Décima Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1993.

Puig Peña.-"Tratado de Derecho Civil Español", Tomo V, "Sucesiones", Volumen I "Teoría General de las Sucesiones", Madrid España 1954

Rojina Villegas.-"Sucesión legítima y problemas comunes a las testamentarias e intestados". México, 1945.

Royo Martinez.-"Exposición Elemental del Derecho Civil Español, Derecho Sucesorio por Causa de Muerte," Sevilla, España, 1951.

Ruggiero y Marol.-"Instituciones de Derecho Privado," Sexta Edición, Volumen I, Milán Messina, Italia, 1943.

Sánchez Román.-"Estudios de Derecho Civil," Segunda Edición, Tomo VI, Volumen III, "Derecho de Sucesiones Mortis Causa," Madrid, España, 1910 e "Instituciones de Derecho Civil," Tomo VI, "Derecho de Sucesiones," Volumen I, Madrid, España, 1910.

Shom, Rodolfo."Institución de Derecho Privado Romano (Historia y Sistemas)" Traducción de Wenceslao Roces, Editorial Gráfico Panorámica, S.de R. L., México, 1956.

Ventura Silva, Sabino.-"Derecho Romano, Curso de Derecho Privado."Novena Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1988.

LEGISLACION

Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de **1917**.

Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de **1824**.

Código Civil para el Distrito Federal, Editorial SISTA, S.A. de C.V., México, D. F., 2001.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Editorial SISTA, S.A. de C.V., México, D.F., 1999

Código Civil de 1870. Legislación Mexicana. Disposiciones legislativas expedidas desde la Independencia de la República. Editada por Imprenta del Comercio a cargo de Dublán y Lozano, hijos, Edición Oficial, Tomo I, México, 1876.

Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, de 1884. Anuario de Legislación y Jurisprudencia, Suplemento de 1884. Editado por la Imprenta de Francisco Díaz de León.

Código Civil del Estado de Querétaro, Proporcionado (10-02-2002), Vía Internet por el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Querétaro www.tribunalqro.ccm.mx

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Querétaro, Proporcionado (10-02-2002), Vía Internet por el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Querétaro www.tribunalqro.com.mx.

Ley Agraria y su reglamento. Sexta Edición, Editorial Delma S.A. de C.V., México, 1998.

Ley del Notariado para el Distrito Federal. 19ª Edición, Editorial Porrúa S.A., México, 2000.

Ley Orgánica de los Tribunales Agrarios. Sexta edición, Editorial Delma, S.A. de C.V., México, 1998.

MANUALES Y REVISTAS.

Cárdenas Gutiérrez, Carlos. "Manual para la aplicación de la Ley del Instituto del Fondo Nacional para la Vivienda de los Trabajadores, (I.N.F.O.N.A.V.I.T.), Editorial Ediciones Fiscales I.S.E.F., S. A., México, 1995.

Brena Sesma, Ingrid. "Testamento Público Simplificado, sus posibles consecuencias". Revista de Derecho Privado, año 6, número 16, Enero - Abril 1995. Serie Jurídica, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México, 1995.

Ferrara.- "Estudio sobre la Sucesión a Título Universal y Parcial, con especial aplicación a la Legistación Española". Revista de Derecho Privado, 1923

Semanario Judicial de la Federación, suplemento de 1993.

"Revista de Derecho Privado, sobre Derecho Hereditario", México, 1921.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS.

Diccionario Jurídico Mexicano. "Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México", TOMO IV (P-Z), Quinta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1992.

Enciclopedia Jurídica OMEBA, TOMO XXV, Editorial Driskill, S.A. Argentina, 1986.