

40721
316



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGÓN**

**PRINCIPALES CONDICIONANTES SOCIOJURÍDICAS
Y ECONÓMICAS EN EL DESUSO DEL TESTAMENTO
EN LA FAMILIA MEXICANA**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE :
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JOEL MORENO RIVERA

**ASESOR:
LIC. ALEJANDRO A. RANGEL CANSINO**

MÉXICO

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2003.

A



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 antes que nada a **DIOS** por iluminar mi camino y permitirme ver realizado el sueño que siempre anhelé; asimismo, le agradezco haber puesto en mi vida, los elementos y personas indicadas para poder culminar satisfactoriamente este trabajo.
GRACIAS SEÑOR.

A la **UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO** por darme la oportunidad de luchar por una Licenciatura y obtener conocimientos de esta bella profesión, ya que para toda persona, poder conseguir lo que tu me has dado, es digno de satisfacción, orgullo y a su vez engendra una gran felicidad en mi vida y en la de las personas que sinceramente me quieren; al no encontrar las palabras apropiadas, sólo puedo decirte **MUCHAS GRACIAS.**

A mis padres **FELIPE MORENO ORTA y CELIA RIVERA ROMERO** por darme la vida y la oportunidad de concluir una carrera profesional, ya que con su amor, consejos y comprensión aún en los momentos más difíciles he podido conseguir este y muchos otros triunfos en mi vida, por tal motivo y con profundo agradecimiento se los dedico. Aunque un poco tarde, espero que esté a tiempo de darles esta satisfacción y muchas más, esperando que con esto pueda retribuir un poco de lo mucho que ustedes me han dado y reitero mi agradecimiento a **DIOS** por darme los mejores padres del mundo y decirles que yo siempre he estado orgulloso de ustedes y lo estaré toda la vida. **GRACIAS PAPÁS.** Su hijo que los quiere y los ama por siempre.

A mi esposa la Licenciada **JOVITA CARBAJAL LOZANO** por todo el apoyo y amor que he recibido de ella, ya que me ha dado los dos regalos más grandes y hermosos que una mujer pueda dar, los que me han servido de inspiración para llegar a esta

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3

meta, gracias también por todo el apoyo que me brindó para la elaboración de este trabajo, ya que sin ella, este trabajo quizá no estuviera terminado.
GRACIAS CHIQUITA TE AMO.

A mis hijos **FRANCISCO JAIR y JOEL ALDAIR**, por convertirse desde el momento de su existencia en el motivo más importante y la mayor fuente de inspiración para superarme y seguir adelante, porque a pesar de su corta edad y tamaño, son los seres más grandes y más importantes de mi vida y por ustedes nunca me daré por vencido en ninguna situación.
GRACIAS ENANOS, LOS AMO.

A mis hermanos **ADRIANA, FELIPE, JOSE ALEJANDRO y JAVIER (+)** por todas las alegrías y tristezas que hemos pasado al crecer juntos y por todo el apoyo que siempre he recibido de ustedes ya que como verdaderos amigos siempre han estado incondicionalmente a mi lado en los momentos más difíciles.

A Don **JESÚS LOZANO y LUCIA RODRÍGUEZ** que siempre me han brindado su apoyo y gracias a su experiencia y bendiciones he podido realizar mi vida al lado de mi esposa y formar una bonita familia.

A mis abuelitos **DONACIANO MORENO (+), DOLORES ORTA (+), FELIX MORENO y MARIA DEL CARMEN RIVERA (+)**, por que con su extrema experiencia siempre me brindaron consejos en el momento más oportuno.

A mis suegros **MIGUEL CARBAJAL CORNEJO y MARIA ENGRACIA LOZANO RODRÍGUEZ** y a mis cuñados **JUAN, JULIAN y MIGUEL** por el apoyo que siempre he recibido de ellos.

A todos y cada uno de los profesores que en los diferentes periodos y niveles escolares que he cursado, me apoyaron con paciencia y dedicación

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

para que pudiera salir adelante y así poder concluir una carrera universitaria.

Al Licenciado **ALEJANDRO ARTURO RANGEL CANSINO** por todo el apoyo, confianza y *paciencia* que siempre tuvo hacia mí, así como por las aportaciones que hizo para que pudiera llegar a este momento tan importante de mi vida.

Al Licenciado **MIGUEL AUGUSTO TIBURCIO TORAL**, por todo el apoyo y consejos que a lo largo de nuestra amistad me ha brindado, demostrando ser un verdadero amigo.

A todos y cada uno de mis **TIOS** por todo el apoyo, consejos y regaños que en su momento fueron necesarios para poderme encaminar a una buena formación escolar y personal.

A todos mis **PRIMOS** por todo el cariño y respeto que siempre nos hemos tenido, así como por todas las alegrías y tristezas que vivimos juntos desde nuestra infancia.

A los Licenciados **LUIS FRANCISCO JAVIER MAZA VAZQUEZ** y **ENRIQUETA BEJARANO ALFONSO** por todo el apoyo y comprensión que siempre tuvieron para mí, ya que los considero mis primeros maestros de esta profesión y principalmente a Usted Licenciado, esperando que dondequiera que se encuentre en estos momentos comparta mi felicidad de ver que he realizado este objetivo.

A mis amigos **ERICKA MARLEN, EDGAR, CIPRIANO, RAFAEL, RENATO, IVAN, FERNANDO, RAYMUNDO, SERGIO, SANDRA, CARO, ARMANDO, JOEL, JESÚS, VERO, ERICA, SOCORRO, PACO, GINA, OSCAR, SONIA, ALFREDO, GLORIA, ALEJANDRO, RAUL, CECI, ALEJANDRO, ISRAEL, JORGE, ANA LILIA, MARCOS, EFREN, RAMON...**

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

INDICE

PRINCIPALES CONDICIONANTES SOCIOJURIDICAS Y ECONOMICAS EN EL DESUSO DEL TESTAMENTO EN LA FAMILIA MEXICANA

I.- Introducción.....	I
-----------------------	---

CAPITULO I

EL TESTAMENTO, SU ORIGEN Y DESARROLLO HISTORICO

1.1	El testamento y su definición.....	1
1.2	Antecedentes históricos.....	3
1.2.1	El derecho romano.....	3
1.2.2	El derecho francés.....	12
1.2.3	El derecho español.....	13
1.2.4	El derecho germánico.....	15
1.2.5	América en la Época de la Colonia.....	17
1.2.6	El Derecho Mexicano.....	21

CAPITULO II

EL TESTAMENTO Y SUS PARTICULARIDADES JURÍDICAS

2.1	Características generales.....	24
2.2	Su interpretación.....	26
2.3	Los tipos de testamentos.....	29
2.3.1	Ordinarios.....	29

a)	Testamento público abierto.....	30
b)	Testamento público cerrado.....	31
c)	Testamento público simplificado.....	33
d)	Testamento ológrafo.....	34
2.3.2	Especiales.....	35
a)	Testamento privado.....	36
b)	Testamento militar.....	38
c)	Testamento marítimo.....	40
d)	Testamento hecho en país extranjero.....	42

CAPITULO III

LA SUCESIÓN Y LA HERENCIA COMO AMBIGÜEDADES JURÍDICAS

3.1	La sucesión y su definición.....	45
3.2	La sucesión en la historia.....	55
3.3	La sucesión en la familia actual.....	56
3.4	La herencia y sus efectos.....	59
	3.4.1 Definición.....	60
	3.4.2 Su objeto jurídico.....	67
3.5	Formas de heredar.....	70

CAPITULO IV

EL TESTAMENTO SU USO Y EFECTOS EN LA FAMILIA MEXICANA

4.1	La familia y sus costumbres en el uso del testamento.....	72
4.2	El acceso de la familia a la cultura jurídica.....	76
4.3	La muerte como prejuicio en las relaciones jurídicas	

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

✓

familiares.....	79
4.4 El testamento y sus efectos en la familia.....	81
4.5 El parentesco y su situación jurídica.....	83
4.5.1 Definición.....	86
4.5.2 Parentesco consanguíneo	87
4.5.3 Parentesco por afinidad.....	89
4.5.4 Parentesco civil.....	90
4.6 La capacidad jurídica para testar.....	91
4.7 La capacidad legal para heredar.....	93
4.8 El desgaste de las instancias judiciales en materia de sucesiones.....	95
4.9 Los programas de regularización territorial y sus riesgos jurídicos.....	97
4.10 Las necesidades de difusión y fomento de la cultura jurídica en materia de testamentos.....	100
II.- Conclusiones.....	II
III Bibliografía.....	III

INTRODUCCIÓN

Dentro del amplio espectro del derecho, especialmente hablando del derecho de familia, nos encontramos con el lamentable desuso de los testamentos en la familia mexicana, problemática que consideramos va relacionada inevitablemente con cuestiones de índole social y económico.

En el presente trabajo de investigación, es nuestra pretensión llegar al conocimiento, no de todos, pero si de los principales problemas que traen como consecuencia que en nuestra sociedad se haya incurrido en el desuso del testamento. Para lograr lo anterior, primeramente analizaremos que es el testamento, haciendo una pequeña reseña en el ámbito histórico.

Igualmente, resulta necesario el delimitar las características generales del testamento, su interpretación, los tipos de testamentos que el Código Civil para el Distrito Federal contempla, desde los ordinarios hasta los especiales.

De igual modo, debemos destacar las características de la sucesión, del testamento y de la herencia, así como las diferencias que existen entre ellos, para poder formarnos una concepción de cada uno de ellos.

Por supuesto, debemos obligadamente analizar a la familia y sus costumbres en el uso del testamento, esto es, analizaremos el grado de acceso de la familia a la cultura jurídica y las principales condicionantes que lo impiden, ya sea por perjuicios en los propios integrantes del

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

núcleo familiar, ya sea por cuestiones de índole económica o cualquier otra que pudiera influir al respecto.

Resulta necesario analizar lo que es el parentesco, los tipos de éste que contempla el Código Civil para el Distrito Federal, la capacidad jurídica para testar y la capacidad para heredar.

Desde luego no es fácil encontrar una solución eficiente que logre subsanar una investigación que de por sí resulta difícil, no obstante, sí resulta oportuno e incluso recomendable agotar todas las posibilidades que proporcionen al uso del testamento una seguridad jurídica mayor.

La misión de esta investigación no se reduce a encontrar simplemente la problemática del desuso del testamento en la familia mexicana, sino que va más allá, nuestra pretensión es ofrecer alternativas de solución.

En el presente trabajo pretendemos realizar un estudio analítico de las figuras jurídicas del testamento, de la sucesión y de la herencia, exponiendo desde la simple controversia conceptual que comúnmente suele presentarse, pasando por su desglose jurídico hasta la exposición de las diversas concepciones de cada uno de los temas, tanto las contempladas por la legislación civil, así como por aquellas de uso común.

CAPITULO I

EL TESTAMENTO SU ORIGEN Y DESARROLLO HISTORICO

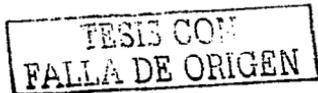
1.1 El testamento y su definición

En nuestros días, la figura jurídica del testamento se encuentra plenamente definida y forma parte de los conceptos primordiales del derecho de familia; durante el desarrollo del presente trabajo de investigación, trataremos de establecer con precisión, las diferentes acepciones de este vocablo, haciendo una breve remembranza de su desarrollo en la historia. Así, comenzaremos por transcribir algunos de los conceptos que aportan diferentes tratadistas.

El Diccionario Enciclopédico Quillet define al testamento como: "declaración que de su última voluntad hace una persona, disponiendo de bienes y de asuntos que le atañen para después de su muerte".¹

El autor Eduardo Couture define el testamento como: "el acto solemne, unilateral y esencialmente revocable que contiene la última voluntad de una persona. lo define también como el

¹ Diccionario Enciclopédico Quillet. Tomo VIII. Editorial Cumbre. Mexico. 1979. p. 232



documento donde consta la expresión de ultima voluntad".²

Por su parte, Edgard Baqueiro define al testamento como: "acto jurídico unilateral, personalísimo y solemne, por el cual una persona dispone de todos o parte de sus bienes y derechos que no terminan con su muerte, y cumple deberes para cuando fallezca".³

Edgardo Peniche, conceptualiza al testamento como: "el acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de su bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte".⁴

Rafael de Pina, cita a Mucius Scevola, quien 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".⁵

De Buen, por su parte define al testamento como: "el acto unilateral y solemne por el que una persona manifiesta su voluntad

² COULURE, J. Eduardo, Vocabulario Jurídico. 4ª reimpression. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1991, p.563

³ BAQUEIRO ROJAS, Edgard y Rosalía Buenrostro Báez, Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Harla, México, 1999, p. 275

⁴ PENICHE LOPEZ, Edgardo, Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil. Editorial Porrúa, México, 1997, p.183

⁵Cit. Pos. DE PINA, Rafael, cita a Mucius Scevola, Elementos de Derecho Civil Mexicano. Vol. II, Editorial Porrúa, México, 1994, p. 286

para que se cumpla después de su muerte".⁶

De los anteriores conceptos podemos concluir que el testamento cuenta con cuatro características esenciales, a decir, debe ser personalísimo, unilateral, libre y revocable, aunque algunos de los tipos de testamento requieren la solemnidad; elementos de los que nos encargaremos de su análisis detallado en un capítulo subsecuente que hemos destinado para ello.

1.2 Antecedentes

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, no adquiriendo su completo desarrollo e importancia, sino en el Derecho Romano, recalcando la importancia y trascendencia de este vocablo en el desarrollo de la historia, principalmente en el derecho francés, español y germánico.

1.2.1 El Derecho Romano

En los primeros siglos de Roma el poder del *paterfamilias* era prácticamente ilimitado, por lo que a este jefe de grupo se le reconoció la potestad de darse un sucesor, esto es, "no era el testamento un acto de transmisión de bienes, sino que tenía por bien

⁶ Idem. p. 287

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

primordial instituir un heredero que debía suceder al *paterfamilias*, ocupando su lugar, en la autoridad que éste tenía sobre el grupo en sus honores, en el sepulcro, en el culto familiar y en el cumplimiento de ciertas obligaciones".⁷

En Roma encontramos los primeros vestigios de un ordenamiento sucesorio de la propiedad, su concepción, desde luego, no es del todo semejante: la sucesión como expresión jurídica de la época indicaba que "la muerte ponía fin a la persona física del individuo, pero su patrimonio no desaparece con él. Bajo el nombre de "*hereditas*" continúa formando una entidad jurídica aparte, un conjunto de derechos, "*universitas juris*", que pasa a un nuevo titular. Éste, el heredero, "*heres*", reemplazaba al difunto en su soberanía patrimonial, es el continuador de su persona jurídica, está investido de sus derechos y obligado por sus cargas. Es este reemplazo del titular del patrimonio por otro, esta transmisión global de bienes, a lo que se le llama *sucesión*.

Pero "en Roma, la sucesión no se limitaba únicamente a la esfera patrimonial del difunto, sino que el heredero representaba al autor también en el ámbito religioso: transmisión de la soberanía doméstica y continuación del culto familiar."⁸

Arce y Cervantes por su parte, cita a Binder, quien

⁷ FANSL, Santiago C., *Temas de los Testamentos*, Vol. I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 2

⁸ ARCE Y CERVANTES, José, *De las Sucesiones*, 3ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1992, p. 3

**TESIS CON
FALLA DE
ORIGEN**

encuentra gran diferencia entre aquél sistema sucesorio y el actual: la sucesión hereditaria, “no es una sucesión en el patrimonio del causante como un todo ni tampoco en una *universitas juris*”, sino en el ingreso de una situación completamente nueva, con su propio sentido que sólo comprende el patrimonio del causante con numerosas reservas y cambios. El patrimonio hereditario debe ser considerado, en cierto sentido, como un patrimonio separado como una unidad teleológica (“pluralidad provisionalmente unificada”) pese a la pluralidad y diversidad de sus partes integrantes.⁹

Lo anterior, desde luego, difiere con nuestra concepción de la sucesión, pues aún considerando que dicha sucesión no resultare universal, si contiene ésta una disposición material del patrimonio del difunto, de los mismos bienes que el testador manejó en vida, de sólo aquél caudal que el fallecido adquirió. La situación puede ser nueva y, por supuesto debe ser dependiente, pero jamás debe ser diferente e independiente.

En Roma, encontramos también, la creación del medio más idóneo de la sucesión y transmisión de los bienes por causa de muerte: **el testamento**, institución, en la que el Derecho Romano, concedía al *paterfamilias* plena potestad para la libre disposición de su patrimonio.

No resultaba el testamento. en aquél entonces. un simple

⁹ idem

acto de transmisión de objetos materiales, su misión era la de instituir y facultar a un heredero; a una persona capaz de reunir los requisitos más elementales de rectitud y honorabilidad para suceder al *paterfamilias* en la autoridad que éste ejercía sobre el grupo, así también debía sucederlo en sus honores, en el sepulcro, en el culto familiar y en el cumplimiento de aquellas solemnes obligaciones materiales. También debía poseer el sucesor, una estimable honestidad para recibir y manejar el patrimonio familiar de modo eficaz. Esta designación no resultaba obligatoria, puesto que el *paterfamilias*, de no contar con un sucesor digno o confiable, podía destinar sus bienes total o parcialmente a un tercero o a otras personas. En este sentido, se sabe que muy probablemente y para conservar la unidad familiar, en sus inicios, funcionó la "primogenitura", o sea, la elección del hijo primero, en base al privilegio que constituía ser el primer vástago varón nacido.

Con el tiempo, la facultad de testar fue adquiriendo matices cada vez más parecidos al testamento actual, pues la disposición de bienes se convirtió en la principal misión de esa potestad, desvaneciendo paulatinamente las diversas disposiciones típicas correspondientes a actos no patrimoniales.

Asimismo, debemos reconocer que el primer pueblo que expuso su organización jurídica, aglutinando y aglomerando las fórmulas jurídicas consuetudinarias, producto de sus relaciones humanas, en un documento histórico, fue el romano, dicho documento de carácter inmortal lo constituye la ley de las XII

Tablas.

Así, en la ley de referencia, en la tabla V se preceptúa sobre "de las herencias y de las tutelas". (*De Hereditatibus at Tutelis*). Las reglas específicas son las siguientes:

3. Lo que el difunto hubiera dispuesto en su testamento acerca de sus bienes y sobre la tutela de los suyos, será tenido por derecho.

4. Si muere intestado el que carece de un heredero forzoso, tenga la herencia el agnado más próximo.

5. Si no hay agnado, tengan herencia los gentiles.

6. Disposición que consagra que los agnados y los gentiles son tutores legítimos, a falta de tutor testamentario.

...

9. Disposición que consagra que si son varios los herederos llamados, las deudas y los créditos deben dividirse de pleno derecho en proporción a las partes hereditarias".¹⁰

Como debemos observar, estas disposiciones manejan, ya

¹⁰ MAGALLON IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. V, porrua, Mexico, 1988, p. 5

desde entonces, dos grandes conceptos que aún en la actualidad subsisten: el testamentario y el *ab intestato*. Aquél, como ya establecimos, aparece cuando el titular del patrimonio elabora voluntariamente su testamento y, este último se da cuando la muerte sorprende al titular sin que hubiera hecho disposición alguna de sus bienes y ante tal ausencia, la ley suple dicha disposición, llamando a aquellos más próximos a sucederle.

La sucesión testamentaria romana, es la base del título X del libro II de la Instituta de Justiniano y constituyéndose en la “acreditación de voluntad de quien elabora un testamento”.

De estas especies convendría establecer cual resulta más antigua. Al respecto el tratadista Eugene Petit argumenta: “Es un asunto muy discutido, hay quienes creen que los Romanos sólo conocieron la sucesión de *ab intestato*, lo mismo que los Germanos y los Griegos, y que la sucesión testamentaria fue introducida por la ley de las XII tablas”¹¹.

Pero esta opinión no está de acuerdo con la preferencia, bien marcada, que los romanos tuvieron, siempre por este último modo de sucesión. por de pronto, 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 ha hecho

¹¹ PETTIT, Eugene, *Derecho Romano*, 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 1985, p. 148

sancionar costumbres que estaban en vigor desde hacía ya tiempo. El jefe de familia debido en virtud de su omnipotencia, era dueño de elegir, con la aprobación de los pontífices y de las curias, el continuador de su culto y de su persona civil de hecho, y durante los primeros siglos, debía ser muy poco frecuente el uso de este derecho habiendo hijos, por estar designados todos para recoger los bienes sobre los cuales ya tenían una especie de copropiedad. Pero a medida que los lazos de familia se aflojaban y que las formas del testamento se hicieron de acceso más fácil, la práctica se generalizó y casi siempre el *paterfamilias* testaba antes de morir.

“Aunque los Romanos tuvieron en gran consideración el derecho de testar, es exagerado decir que en Roma se tenía como una deshonra morir intestado. Lo más deshonroso era no dejar heredero alguno, porque significaba, a la vez que el indicio de una mala sucesión, el presagio de la *bonorum ventiditio* y de infamia. Es decir, la extinción de las *sacra privata*. Por esta razón, se encuentra justificada la preferencia de los Romanos por la sucesión testamentaria: el que testa y elige un heredero, está más seguro de tener uno; demuestra previsión y deseo grande de conservar intacto su honor”.¹²

Quizá estos aspectos que el autor refiere resultasen de por sí suficientes para suponer una existencia más primitiva de la sucesión testamentaria que la de la sucesión *ab intestato*, de la cual

¹² Idem

y pese a ello, creemos que es más antigua que aquélla, a nosotros nos parece, por simple lógica, que tuvo que existir, como en todo orden jurídico, primeramente un hecho o un acto que por su frecuencia o su uso debiera requerir de una reglamentación. Luego entonces, es fácil suponer que en tiempos remotos, al carecer de una institución como lo es el testamento, aquellos antiguos jefes o autoridades, dejaban en manos de un proceso natural de elección al sucesor de su titularidad, pues como ya dijimos, en tiempos remotos debió existir la “primogenitura”, en la que por derecho correspondía al hijo mayor o primogénito la heredad de la titularidad de los derechos, atribuciones y obligaciones del difunto.

Consecuentemente, pensamos que la aparición del proceso testamentario debió ocurrir con posterioridad, cuando la designación casi divina, a que nos referimos, fue desvaneciéndose cediendo la primicia a la disposición del patrimonio material. Su objetivo primordial se convirtió, entonces, en la transmisión de objetos materiales.

“Contrariamente a la opinión que referimos, Bonfante es partidario de la primacia de la sucesión testamentaria; encontrando sus argumentos en el propio pasaje de la Ley de las XII Tablas, de cuya interpretación encuentra que al decir el texto: “Si muere intestado el *paterfamilias*” aparece implícito que la ley aprecia la preexistencia del testamento, en cuya ausencia deberán llamarse a

los herederos legítimos”.¹³

“No podemos dejar de tener presente que en la constitución política de la familia romana concurría con señalada importancia el elemento religioso que indirectamente participaba como factor unificador del patrimonio. En una síntesis esquemática de las características singulares que se registran en el Derecho de Roma, aparecen las siguientes:

- a) Necesidad de la “institución de heredero” como un reemplazo de la jefatura política y religiosa. Concreción de la herencia a los herederos testamentarios. Domina la regla *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*
- b) Necesidad de tener el *nomen iuris* para identificar al heredero designado.
- c) El heredero es responsable de las deudas y obligaciones contraídas por el causante. Opera la subrogación.
- d) No hay separación de bienes entre los que correspondían al de *cujus* con el heredero. Las *hereditas* es una masa patrimonial única. Es un

¹³ *Ibidem*

*universum ius*¹⁴.

Desde luego, el desarrollo del derecho sucesorio tuvo que pasar por varias etapas históricas hasta llegar a la moderna sucesión hereditaria.

1.2.2 El Derecho Francés.

El antiguo derecho francés tuvo gran influencia del derecho romano, de ahí que los historiadores, después de diversos estudios, encontraron que en la legislación civil francesa, el conjunto de bienes de una persona no pierde, por su muerte, el carácter de universalidad jurídica, que es con el que estos bienes se transmiten bajo el nombre de herencia, a aquellos que se encuentran llamados por la ley o por la voluntad del difunto, a recibirlos en su totalidad o también sólo en una parte alicuota.

Igualmente, los historiadores hicieron la observación respecto de que las sucesiones habían estado reglamentadas, tanto en los países de derecho escrito, como en aquellos otros en los que su expresión era consecuencia de inspiración común, por tanto, en Francia habían operado dos distintos sistemas sucesorios que reposaban sobre bases totalmente diferentes, esto es: En las regiones de derecho escrito se había admitido el sistema de sucesión establecido por el Derecho Romano, que partiendo de la

¹⁴ *Ibidem*

idea de que el derecho de propiedad perteneciente a toda persona sobre su patrimonio se extendía más allá de la existencia de esa persona, entrañaba por su naturaleza la facultad de disponerla por causa de su muerte.

Así mismo "en las regiones en las que operaban las reglas consuetudinarias relativas a la transmisión de los bienes de una persona fallecida, éstas se fundaban principalmente sobre la idea de una copropiedad de la familia. Los diferentes miembros de una persona, eran considerados como copropietarios, *in solidum* de todos los inmuebles que cada uno de ellos había recibido en las herencias de sus parientes comunes, bajo la restricción de que ese derecho de copropiedad no se convertía en completamente eficaz más que por la muerte de aquellos de los miembros a los cuales esos inmuebles les habían sido sorteados y tocado a título de sucesión y no operaban más que a favor de aquellos que, siendo el orden legal de la sucesión, se encontraban llamados a la herencia de este último".¹⁵

1.2.3 El Derecho Español.

Por otro lado, en España, encontramos que "es más visible la lucha entre el elemento germano y el romano, en el derecho sucesorio como en otras instituciones civiles. El derecho propiamente nacional se manifiesta en los fueros municipales y

¹⁵ *Ibidem*

nobiliarios con marcada orientación al Derecho Germano y tomando como idea inspiradora la de fomentar la población y exaltar el principio familiar, y de aquí lo reducida y limitada que estaba la facultad de testar, el llamamiento en la sucesión intestada a los hijos de concubina o barragana en defecto de hijos legítimos, la admisión de la troncalidad y algún pequeño rasgo de primogenitura¹⁶

Las Leyes de las Partidas reciben la influencia romana. Su redacción fue creada en siete años y fueron promulgadas en el año de 1301 y se dividen en siete partidas. Se compone de algunas leyes del derecho romano, varios capítulos del derecho canónico y de contadas leyes de los antiguos fueros. Esta legislación introduce y rescata algunos de los principios romanos, de los que ya hemos comentado. Distingue, sin embargo, la incompatibilidad entre la sucesión testada e intestada. Reestablece la legislación legítima justinianea e introduce las formalidades testamentarias.

El ordenamiento de Alcalá se basa en espíritu de transacción se alimenta de una influencia general apartándose de la tendencia romana, derogando la incompatibilidad de las dos sucesiones, testada e intestada, y la necesidad de la institución de heredero.

En las Leyes del Toro de 1506. aparece todo un

¹⁶ *Ibidem.* p. 11

compendio de reglas solemnes referentes al testamento, introduce la testamentificación activa reconocida a los hijos de familia mayores de doce y catorce años. Su creación obedece a la necesidad de resolver varias dudas suscitadas por las contradicciones generadas entre las partidas y las contenidas en los fueros.

La nueva recopilación de 1567 y la Novísima Recopilación de 1805, contiene tan sólo algunos preceptos sobre testamentos, albaceas e incapacidades para heredar y mayorazgos, sin embargo, no modifican en lo esencial el sistema establecido por las anteriores leyes.

Asimismo, las Leyes de Indias de 1570 y 1680, así como la Real Ordenanza de Interdentes de 1786 no ofrecieron, en materia de sucesiones, aportación alguna que mereciera hacer mención.

1.2.4 El Derecho Germánico.

Así, a la caída del imperio Romano a manos de los bárbaros, aparece el ejercicio de la sucesión germánica, en el cual sorprendentemente encontramos que los lazos consanguíneos y familiares estaban excluidos de esos derechos. puesto que el vecino tenía una preferencia sobre los familiares para adquirir la herencia.

No fue sino hasta el siglo VI. ya con la influencia del Derecho Romano, que Chilperico ordeno que el hijo y el hermano tuvieran preferencia sobre el vecino. Asimismo, la única sucesión

que el derecho germánico conoció fue la intestada, pues los testamentos fueron conocidos posteriormente, influenciados por la iglesia y por los propios Romanos.

“Otras de las características singulares de este sistema es que en él domina el pensamiento de la copropiedad. En sus formulas:

- a) No hay necesidad de nombrar heredero. El de *cujus* no tiene potestad para designar de modo exclusivo a una persona determinada. No hay heredero testamentario sino la ley reconoce lo que la naturaleza otorga. El testador sólo puede designar legatarios.

- b) Sólo son herederos *ipso iure* los legítimos.

- c) El heredero adquiere todo el patrimonio; la *adquisitio* incluye sus gravámenes. No hay necesidad del beneficio del inventario”.¹⁷

Por su parte Clemente de Diego manifiesta que la muerte no extingue el mundo de relaciones jurídicas, asimismo, Castán Tobeñas apreciaba que era menester perpetuar los patrimonios más allá de los límites de la vida humana. En razón de lo anterior

¹⁷ *Ibidem* p.10

tenemos los principios que predominan en el derecho germánico: "preferencia absoluta de sucesión legítima, única conocida por mucho tiempo, fundada en la copropiedad familiar, que se prolongó muchos años; distinción de bienes propios y adquiridos; exclusión de ascendientes y diferencias por razón de sexo; atribución de bienes según las líneas de donde procedían; los principios de masculinidad, primogenitura y de troncalidad en consecuencia; aceptación tardía del testamento, en el que se podía nombrar legatarios, ya universales, ya singulares, porque los herederos sólo los hace Dios; transmisión ex jure de herencia desde la muerte del testador; tendencia a la responsabilidad limitada del heredero considerando las deudas como cargas del patrimonio hereditario.

También se ha comprobado que las normas imperativas que venían sucediéndose, encontraba que tuvieron mucha influencia las fórmulas básicas del derecho canónico en la Edad Media, favoreciendo la facultad de testar, simplificando las formas de los testamentos y exaltando los vínculos de la sangre.

Es evidente que el pueblo bárbaro fue el más influenciado por el derecho romano, por lo que con el paso del tiempo, en su legislación sobre sucesiones, fue muy sensible su influjo principalmente del derecho justinianeo.

La libertad de testar sancionada al principio, fue substituida en el tiempo de Chindasvinto por el sistema de legítimas y de mejoras: se aumentan formas de testamentos,

aludiéndose al ológrafo. Los llamamientos en la sucesión *ab intestato* llegan al séptimo grado y hay algún grado de troncalidad.

1.2.5 América en la Época de la Colonia.

Ahora bien, en América, durante la época colonial, como en casi todos los asuntos indianos las soluciones jurídicas fueron apareciendo en forma causística. Poco a poco se fue estructurando una extensa reglamentación destinada a establecer un verdadero control de los bienes del difunto, para evitar los abusos y fraudes que frecuentemente denunciaban en contra de particulares y de funcionarios que se hacían de cuantiosas fortunas que carecían de dueño cierto y efectivo.

En efecto, en los primeros viajes de los conquistadores a las nuevas tierras descubiertas, los expedicionarios españoles se separaban por largo tiempo de sus familias residentes en el viejo mundo. Muchos de ellos en sus expediciones llegaron a acumular enormes fortunas, las que no era raro, cuando estos aventureros fallecían sin dejar testamento y sin tener heredero alguno en las indias, pasaban a manos de algunos particulares y funcionarios deshonestos.

En 1550 se crean los Juzgados especiales de bienes de difuntos y se establecen procedimientos especiales para proteger esos bienes a sus legítimos herederos y sucesores.

De igual modo se establece una novedosa forma de testar en los viajes marítimos entre la península y el nuevo mundo. Fue común recomendar a los Generales de las flotas y armadas que establecieran especial vigilancia y que los miembros de la tripulación hicieran testamento y dejaran inventario en relación de los bienes y deudas que dejaban.

Cuando ésta muerte acontecía en tales circunstancia, o cuando fallecían sin dejar herederos en el nuevo continente, el dinero, los metales y las piedras preciosas eran recogidos y guardados en arcas especiales. Los demás bienes, eran rematados y vendidos en pública almoneda y su producto era ingresado en dichas arcas. Una vez reunidos, todos los bienes se remitían a la casa de contrataciones de Sevilla, y a través de la publicidad de la ciudad o a través de mensajeros que eran enviados a otras provincias se intentaba notificar a los herederos acerca de la existencia de esos bienes con el paso del tiempo, una vez que los propios conquistadores fueron asentándose en las nuevas tierras y comenzaron a echar raíces en el continente, la existencia de los llamados "bienes de difuntos" fueron siendo más escasos y, por ende, la creación de nuevas formas legales de heredar fueron haciéndose más indispensables. Desde luego, es importante resaltar que la reglamentación en materia de sucesiones se fue creando siempre considerando a los propios españoles y a los indígenas americanos, a cada cual por su parte.

A pesar de que el propio indigena se le consideraba un

hombre libre siempre existieron las grandes diferencias entre ambas categorías sociales, que impugnaron sistemáticamente la capacidad del indígena, otorgándoles dudosos privilegios con el propósito de protegerlos, donde aparecían jurídicamente como menores. En materia sucesoria, se procuró introducir entre los indios la modalidad vigente en Castilla, estableciendo como cabeza en el proceso de adaptación al propio testamento. Se consagró expresamente, a favor de los indígenas, la plena libertad de testar. Sin embargo, fue inútil tal disposición, pues no se acabó con los abusos en contra de éstos, ya que se les siguió despojando de sus bienes, incluso se les obligaba a hacer testamento a favor de algunos doctrinarios o de la misma iglesia.

El proceso de adaptación del proceso indígena requirió no tan sólo de las disposiciones declarativas, sino también de modos prácticos de aplicación.

Las disposiciones de Toledo referentes al testamento indígena encomendaban a los alcaldes que, cuando un indio, india o cacique principal estuviese enfermo, le visitara y aconsejara que hiciera testamento, como los españoles, quienes lo solían hacer para "encargar la conciencia en los que conviene, y dejar a sus hijos en concordia si los tuviere, y sus bienes a recaudo y disponer de ellos a su voluntad", El testamento empleado para tal efecto, respondía a los lineamientos generales utilizados por los españoles, pero con algunas adaptaciones para el uso indígena. Esta misma ordenanza contenía, además, algunas indicaciones para el alcalde

acerca de la designación de tutores y cuidadores de los bienes de los menores; de la calidad de herederos forzosos y de los hijos ascendentes; del inventario de los bienes; del cumplimiento de la voluntad del difunto; etcétera. Establecía, asimismo, que cuando no existían hijos legítimos, heredaban los naturales y bastardos hasta que otra cosa se provea, y cuando hubiere legítimos y bastardos, heredaban sólo los primeros, pero a los bastardos se les dejaba una manda moderada que no excediera de una quinta parte.

Cuando el indio moría intestado, se debían entregar los bienes a los hijos, si los hubiere, y a falta de ellos, los bienes debían entregarse a los parientes más cercanos que fuesen más pobres.

Por otra parte, las Ordenanzas de Oidor Maldonado de Paz de 1625 establecía que cuando un indio enfermaba, debía otorgar forzosamente testamento ante el escribano del pueblo y los testigos correspondientes. El testamento era inscrito en el libro que acompañaba al escribano. Esta ordenanza establecía que eran herederos forzosos los descendientes legítimos y los padres.

1.2.6 Derecho Mexicano

En nuestro México, durante el movimiento armado de Independencia y aún consumada ésta, durante los primeros años y ante la inestabilidad de poder, siguieron vigentes las leyes hispanicas que durante la colonia tuvieron aplicabilidad.

Posteriormente, fueron innumerables las leyes que los diversos gobiernos y sistemas publicaron durante su dominio, que por la efímera vida de la mayoría de ellas, su huella histórica se desvaneció con el tiempo, razón por la que consideramos innecesario transcribir en este espacio.

Por supuesto, en materia civil el primer hecho histórico de trascendencia lo constituyó el Código Civil de 1878, al que varios tratadistas consideran erróneamente como el primer código del país. Decimos que erróneamente, pues antes de 1878 habían existido en varios Estados del país Códigos Civiles locales, ejemplo de ellos, tenemos los de Oaxaca de 1827, 1828, 1829 y 1876 y el Código de Maximiliano de 1866, entre otros.

Finalmente, debemos destacar que cronológicamente los ordenamientos de mayor envergadura lo constituyen el ya mencionado Código Civil de 1878, el Código Civil de 1884 y el actual Código Civil de 1928.

Por otro lado, la llamada Ley de Mostrencos de 1835, permitía el llamado a heredar en la sucesión intestada hasta el décimo grado y regía en los derechos de sucesión del cónyuge, hijos naturales y Estado. Este derecho manejaba decididamente la pugna entre libertad de testar y la vuelta del derecho para la familia de recibir los bienes de sus miembros, cuando estos dejaban de existir.

Con el tiempo, arribamos a un estado de transición en el

que se contemplan los derechos de familia, limitando la libertad de testar, pero sin suprimirla.

América, obviamente, recibe toda su influencia de parte del derecho español, merced de la conquista lograda por este país en territorios americanos. En la mayoría de los países, la libertad de testar estaba limitada a sus descendientes ó ascendientes legítimos y a los hijos naturales. Cuando existía descendientes legítimos o legitimados por posterior matrimonio de sus padres, les correspondía una porción equivalente a la quinta parte, recibiendo igualmente facultades el testador para mejorar hasta una tercera parte, del resto de las otras quintas partes, a uno de los herederos. Los hijos naturales y espurios carecían de derechos para intervenir en la sucesión paterna, empero, conservaban todo el derecho para heredar por vía materna.

CAPITULO II

EL TESTAMENTO Y SUS PARTICULARIDADES JURÍDICAS

2.1 Características generales

Ahora bien, como mencionábamos brevemente en el capítulo anterior, y del análisis detallado de los elementos conceptuales y legales del testamento, surge que el mismo es:

1.- **Un acto jurídico.** Esta característica no es acogida por todos los tratadistas, pero consideramos acertada su inclusión pues antes que cualquier otra característica, deberíamos tomar en cuenta que el testamento es un acto jurídico: “en tanto implica una manifestación de voluntad para establecer relaciones jurídicas a fin de crear, modificar, transmitir o extinguir derechos y obligaciones que produzcan sus efectos después de la muerte del testador”.¹⁸

2.- **Un acto jurídico unilateral.** Esta característica se deriva de lo que atinadamente menciona Edgard Baqueiro Rojas. al mencionar que el testamento es unilateral: “en cuanto que es la manifestación de voluntad de un solo sujeto, ya que para que se generen los derechos y deberes que constituyen su objeto

¹⁸. BAQUEIRO ROJAS, Edgard y otra. Op. Cit p. 275.

directo no requiere de la aceptación de los beneficiarios”.¹⁹

3.- **Un acto jurídico solemne.** Se dice que el testamento es solemne porque para su validez “sólo puede ser realizado en alguna de las formas forzosas instituidas por la ley, sin que pueda considerarse como testamento cualquier disposición que no llene los requisitos que para cada una de las especies testamentarias señala nuestro Código Civil, ya que sin ellas no produce efecto”.²⁰

4.- **Es un acto personalísimo.** El derecho de efectuar un testamento únicamente atañe a la persona que va a plasmar en él su voluntad, sin que pueda intervenir cualquier otra persona, como es el caso del representante legal de un incapaz; ya que el testamento, sea cual fuere la forma que se le dé, debe ser realizado única y personalmente por el testador.

5.- **Un acto jurídico revocable.** El autor Peniche López nos dice que el testamento: “es revocable porque puede cambiarse a voluntad del testador, en cualquier momento, en todo o en partes y el número de veces que lo desee, y sobre todo instituyendo a heredero distinto”.²¹

¹⁹ Idem.

²⁰ Idem.

²¹ PENICHE LOPEZ, Edgard, Op. Cit. p. 183

El testamento no puede ser resultado de un contrato por el cual el testador se obligue a testar en favor de determinada persona y tampoco renunciar a la facultad de testar o revocar el testamento ya otorgado. Toda estipulación que al respecto se hiciera en cualquier acto jurídico, será nula y no tendrá validez. Esta característica es vigente y puede ser ejercida por el testador cuantas veces lo desee, esto es, como bien apunta el Maestro Rafael De Pina: “la revocabilidad del testamento es posible mientras viva la persona que lo ha otorgado”.²²

6.- Un acto jurídico libre. Es un acto libre ya que el autor del testamento tiene la facultad de heredar sus bienes a quien lo desee, sin que se ejerza sobre él coacción alguna derivada de cualquier relación, ya sea familiar, laboral, social o cualquier otra.

“La redacción del testamento está sujeta a ciertas reglas formales muy estrictas, tales como que el testador debe expresar su voluntad en un solo acto sin interrupciones y con la solemnidad que establece la ley, bajo pena de nulidad”.²³

2.2 Su interpretación.

Para iniciar el estudio de la interpretación de los testamentos, primeramente debemos delimitar con claridad, cual es

²² DE PINA, Rafael, Op. Cit. p. 291

²³ PENICHE LOPEZ, Edgard, Op. Cit. p. 183.

el concepto, en sentido general, de la palabra interpretación; así las cosas, el Diccionario Enciclopédico Quillet la define como: "explicar o declarar el sentido de alguna cosa, y principalmente el de los textos faltos de claridad".²⁴

Hablar de la interpretación de los testamentos es referirnos precisamente a la actitud o necesidad de indagar el sentido de las disposiciones testamentarias, o sea, el contenido de la voluntad del testador. "Este problema se plantea siempre que las disposiciones sean oscuras, ambiguas, inexpresivas, contradictorias o incompletas, puede surgir de un solo testamento o de varios vigentes, en cuyo caso habrá que examinar todos"²⁵

A pesar de que en el Código Civil se exige que en todo testamento se manifieste en una forma clara y expresa la voluntad del testador, pueden presentarse problemas de interpretación que se resuelven fijando normas generales, esto es, cuando del texto del testamento se desprende en una forma también manifiesta la intención del testador, no existe problema de interpretación, es decir coincide la letra con la intención en la manifestación, de la voluntad. "El problema se presenta cuando el texto resulta distinto o contrario a la voluntad del testador que se desprende del contenido total del mismo testamento, es decir, cuando se emplean palabras que inducen a error o a duda que aparecen contrarias con

²⁴ Diccionario Enciclopédico Quillet, Tomo V, Op. Cit. p. 387

²⁵ **ARCE Y CERVANTES, José. De las Sucesiones, 3ª edición, Porrúa, México, 1993, p. 608.**

lo que el testador ha querido significar, según se infiere de todo el texto del mismo documento.”²⁶

Por su parte Arce y Cervantes manifiesta que: “el fin de la interpretación, como ha dicho la Jurisprudencia Española, es aceptar el elemento espiritual, la voluntad e intención de los sujetos declarantes... Sin limitarse al sentido aparente o inmediato que resulte de las palabras.”²⁷

Algunos autores se manifiestan por la idea de que en caso de que haya confusión en la intención de un testamento, como regla general debe darse una interpretación similar a la que se admite para los contratos en el Código Civil, esto es debe prevalecer la intención sobre el texto del documento.

Otros autores, como es el caso de Sánchez Román, establecen las siguientes reglas de interpretación: “La previa y completa lectura de todo el testamento; la de atribuir a las palabras su gramatical y propio sentido y excepcionalmente, el usado por el testador; la de preferir la interpretación que produzca efectos, (basado en el principio de conservación del testamento: *favor Testamenti*); la de preferir la que es conforme con el propósito del testador; la de preferir el espíritu a la letra; la de que entre disposiciones contradictorias se prefiera la especial a la general,

²⁶ ROJINA VILLIGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, Vol. II, Porrúa, México, 1984, p. 287

²⁷ ARCE Y CERVANTES, Op. Cit., p. 115

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

entre dos especiales la posterior a la anterior; la de respeto al derecho preceptivo; y la de estar a lo favorable al heredero.²⁸

Sabemos que la interpretación de los testamentos corresponde a los Tribunales, a los notarios, cuando ante ellos se tramita la sucesión, y a los albaceas, aun que en algunos casos el propio testador en un testamento posterior, puede fijar la interpretación que debe darse a disposiciones testamentarias suyas anteriores que no estén revocadas.

2.3 Los tipos de testamentos

Se dice que los testamentos se clasifican en cuanto a su forma y en ese sentido el Código Civil vigente distingue dos clases de testamentos: Ordinarios y Especiales.

2.3.1 Ordinarios

Son aquellos testamentos que pueden hacerse por todas las personas capaces. "Las estrictas formalidades que se exigen legalmente para hacer testamento se refieren al caso normal en que el testador tiene tiempo y comodidad para acudir al funcionario o notario Público a manifestar su voluntad; o personalmente redacte o escriba sus disposiciones y las depositen en lugar seguro."²⁹

²⁸ Idem.

²⁹ PENICHE LOPEZ, Op. Cit. p. 185

Los testamentos Ordinarios se dividen en:

a) Testamento público abierto

Este testamento esta regulado por el Titulo Tercero Capitulo II del Código Civil, y es aquel que se otorga ante Notario Público y tres testigos idóneos. En él, el testador expresará de un modo claro y terminante su voluntad al Notario y a los testigos. El Notario redactara por escrito las cláusulas del testamento sujetándose estrictamente a la voluntad del testador y las leerá en voz alta para que este manifieste si esta conforme. Si lo estuviera firmarán todos el instrumento, asentándose el lugar, año, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado. Si el testador no pudiere o no supiere escribir intervendrá otro testigo más, que firme a su ruego. En el caso de extrema urgencia y no pudiendo ser llamado otro testigo, firmará por el testador uno de los instrumentales, haciéndose constar esta circunstancia.

Para Asprón Pelayo, el Testamento Público Abierto es: "el único que permite hacer un testamento con todas la asesoría que se requiera, además es perfecto desde el momento de su otorgamiento, en virtud de no requerir de ser declarado formal, lo cual la ley considero innecesario en virtud de que esta redactado por un perito en derecho embesudo de fe pública, el Notario, y de que la voluntad del testador es conocida, no secreta. Este tipo de testamento es público por que consta en un instrumento público, la escritura ante

Notario y es abierto por que la voluntad del testador es conocida por el notario y en su caso por los testigos que hayan intervenido.”³⁰

b) Testamento público cerrado

“Se dice que este testamento es público, por que al igual que el anterior, se otorga ante Notario en instrumento Público, y es cerrado por que el contenido del mismo se desconoce, el notario interviene en el otorgamiento del testador pero no en la redacción del mismo.”³¹

El Testamento Público Cerrado “es el que se escribe en papel común por el testador u otra persona a su ruego, cuyas hojas se rubrican. Que se firma al calce por el testador o por otra persona si no puede o no sabe hacerlo, y que una vez cerrado y sellado se exhibe al notario en presencia de tres testigos. El testador declara ante el Notario que en ese pliego está contenida su última voluntad, y el Notario dará fe del otorgamiento en la cubierta del testamento, constancia que será firmada por el testador, los testigos y el notario, quien además pondrá su sello y una razón en el protocolo, del lugar, día, hora, mes y año del otorgamiento”.

“Este testamento podrá ser conservado por el testador o darlo en guarda a persona de su confianza o depositarlo en el

³⁰ ASPRON FERRAZO, Juan Manuel, Successiones, Mc. Graw Hill, Mexico, 1996, p. 41

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Archivo Judicial en términos del artículo 1537 del Código Civil³²

De la transcripción de los conceptos anteriores se advierte que los principales elementos que distinguen al Testamento Público Abierto del Testamento Público cerrado, son:

- 1. En el Testamento Público Abierto se expresa la voluntad del testador al Notario para que él a su vez redacte las cláusulas que lo conformarán, y en cambio, en el Testamento Público Cerrado, va a ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego, pero va a ser precisamente el quien plasme su voluntad en los términos que lo desee.**
- 2. El testamento Público Abierto se otorga ante la presencia de dos testigos y el Testamento Público Cerrado, ante tres testigos.**
- 3. El Testamento Público Abierto queda plasmado en los folios del notario, y el Testamento Público Cerrado puede ser otorgado en papel común, con el único requisito de que todas las hojas que lo conforman, deben de ir rubricadas al margen y contener la firma del testador al final del testamento.**
- 4. El testamento Público Abierto, como ya se dijo, queda**

³¹ ídem

³² ARCE Y CERVANTES. Op. Cit. p. 128

plasmado en el protocolo del Notario ante el que se otorga, en cambio, el testamento público Cerrado se entrega al testador, quien podrá conservarlo en su poder o darlo en guarda a la persona de su confianza o depositarlo en el Archivo Judicial.

c) Testamento público simplificado

Este tipo de testamento es una innovación legislativa, ya que entró en vigor el siete de enero de 1994, está contemplado por el artículo 1549 bis del Código Civil, este testamento se otorga ante Notario Público, pero su objeto es limitado, pues sólo se puede referir a ciertos bienes, no requiere de la intervención de testigos.

Se otorga respecto de uno o varios bienes inmuebles destinados o que vayan a destinarse a vivienda, que ya sean propiedad del testador, siempre y cuando dichos bienes se adquieran por regularización y cuando el valor de los mismos, al momento de su adquisición no excedan de veinticinco veces el Salario Mínimo del Distrito Federal, elevado al año, el testador circunstancialmente puede designar beneficiarios, legatarios, respecto del bien objeto del testamento, diciendo que podrá designar uno o varios legatarios quienes tendrán entre sí el derecho de acrecer, excepto que el testador hubiese designado sustitutos. El testamento público simplificado es un testamento perfecto, ya que no requiere ser declarado formal testamento. Desde luego este testamento revoca cualquier otro tipo de testamento, así como cualquier otro tipo de testamento perfecto puede revocar al

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

testamento público simplificado.

Para Asprón Pelayo, “este testamento es una medida adecuada para propiciar que la gente de escasos recursos, pueda designar un beneficiario para su inmueble, es una medida social que puede beneficiar a los titulares de vivienda popular o de interés social”.³³

d) Testamento ológrafo.

“Recibe la denominación de ológrafo el testamento escrito de puño y letra del testador y otorgado con sujeción a las formalidades prescritas por el legislador para las disposiciones de última voluntad de esta clase. Los testamentos ológrafos no producirán efectos si no están depositados en el Archivo General de Notarías, según Castán, la característica esencial que diferencia al testamento ológrafo del testamento público Abierto y del Cerrado, es la autoconfesión por el testador, sin intervención de persona alguna extraña”.³⁴

Como nos dice el Maestro José Arce y Cervantes “el nombre le viene del griego “*holos*” todo, y “*grafo*” escrito, o sea todo escrito por su autor manuscrito, de puño y letra del testador.” Asimismo, nos menciona que el testador lo hará por duplicado y

³³ ASPRÓN PELLAYO, Op. Cit., p. 69

³⁴ RAFAEL DE PINA, Op. Cit., p. 338

deberá imprimir en cada ejemplar su huella digital (art. 1553) y el original, dentro de un sobre sellado y lacrado con la nota que establece el artículo 1554, se depositará en el Archivo General de Notarías quien devuelve la copia al testador. En el sobre que contenga el duplicado, se pondrá la razón que establece el 1555, y ésta sólo será formal como testamento cuando el original haya sido destruido o robado (1562)³⁵

De lo anterior podemos concluir que el testamento ológrafo, es aquél que se escribe directamente de puño y letra del testador, por lo tanto, no puede ser escrito por ninguna otra persona, por tal motivo, la persona que no sepa leer ni escribir, no podrá utilizar este tipo de testamento para su persona, así como las personas menores de 16 años de edad.

2.3.2 Especiales

Edgard Baqueiro Rojas nos dice que los testamentos especiales son aquellos que: “se permiten solamente en casos de excepción, en caso de apremio en que no es posible el otorgamiento de un testamento ordinario y cuya eficacia es restringida en cuanto al tiempo. Constituye una forma de facilitar, en condiciones extraordinarias el otorgamiento de disposiciones para después de la muerte. Normalmente, tiene validez cuando la muerte acaece sin haber podido otorgar un testamento ordinario con todas sus

³⁵ ARCE Y CERVANTES, Op. Cit., p. 129



formalidades. Este tipo de testamento puede ser: privado, militar, marítimo, y el efectuado en país extranjero.”³⁶

a) Testamento privado

Este testamento es el primero en el género de los especiales que maneja nuestro Código Civil, y por tal motivo, y al igual de los demás especiales que se tratarán más adelante, este cuenta con características particulares, extraordinarias o simplemente circunstancias específicas que lo hacen especial.

El testamento privado lo define el Maestro Edgar Baqueiro como “el que se otorga cuando, por enfermedad grave inesperada y falta de Notario Público, el testador no pueda realizar testamento ológrafo”.³⁷

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

La expresión de la voluntad del testador debe ser clara y

³⁶ BAQUEIRO RUIAS Op. Cit. p. 329

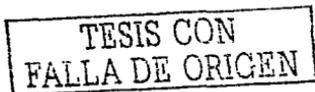
³⁷ Idem. p. 340

no dejar lugar a dudas. Para que la declaración valga como testamento es necesario que el autor fallezca de la enfermedad o peligro en que se halle o dentro del mes siguiente. "Caduca si transcurre un mes entre la fecha del testamento y la muerte del testador, tiempo más que suficiente para otorgar un testamento ordinario."³⁸

El testamento Privado para Asprón Pelayo "es el que se debe otorgar ante cinco testigos idóneos, el testador debe declarar su voluntad, no puede ser cerrado o secreto, debe constar por escrito, debiéndolo escribir el propio testador, excepto en el caso de que no sepa o no pueda hacerlo, caso en el cual lo escribirá alguno de los testigos, y sólo en el caso de que alguno no sepa escribir, el testamento privado será verbal, En caso de suma urgencia bastarán tres testigos idóneos y podrá ser verbal. Los efectos del testamento privado están sujetos a una condición resolutoria legal: Que el testador fallezca por la enfermedad o el peligro en el que se encontraba o en ambos casos, dentro del mes siguiente a desaparecida la causa que facultó su otorgamiento, por lo cual, si el testador no fallece dentro de los supuestos indicados, el testamento no surtirá ningún efecto, es como si no lo hubiese otorgado, por tanto, si tenía algún testamento anterior, no quedará revocado, porque el testamento privado, aunque existió, no fue perfecto"³⁹

De las anteriores definiciones podemos concluir que este

³⁸ Ibidem



testamento no es seguro, por el contrario se considera muy peligroso, ya que se presta para fáciles manipulaciones que pueden traer como consecuencia que la voluntad que se atribuye al testador en realidad no sea su verdadera voluntad. Aunado a lo anterior, es evidente que las formalidades que se exigen para poder otorgar este tipo de testamento, como se ha demostrado en diversas ocasiones, no garantiza satisfactoriamente la regularidad del acto.

b) Testamento militar

Antes de entrar al estudio del presente testamento, tenemos que entender o comprender que significa la palabra militar; por la cual debemos entender a los miembros del ejército, fuerza aérea y armada, en consecuencia, debemos entender que sólo ellos pueden hacer uso de este tipo de testamento.

Asimismo, el testamento militar lo define Edgardo Peniche López como una forma que "está reservada para los militares, asimilados al ejército en el momento de entrar en campaña y a los prisioneros de guerra. En este caso, bastará que el testador declare su voluntad ante dos testigos o entregue a éstos el pliego que la contenga, firmando de puño y letra. Después de la muerte del testador, el pliego cerrado que contenga el testamento debe ser entregado al jefe de la corporación, quien lo remitirá a la Secretaría de la Defensa Nacional o de la Marina, según el caso y éstos a la Autoridad Judicial correspondiente. Como se ha dicho, éste

¹⁹ ASPRON PELAYO, Op. Cit., p. 48

testamento puede otorgarse verbalmente y en tal caso, los testigos deberán comunicar desde luego la disposición testamentaria al jefe de la corporación, quien a su vez dará parte a las autoridades superiores y éstas a la autoridad jurídica para que se proceda a tomar declaración judicial de los testigos, como en el caso del testamento privado.”⁴⁰

De igual forma, tomamos la definición que nos da el tratadista Edgard Baqueiro Rojas, quien lo define como: “aquél otorgado por un militar o un asimilado al ejército al tiempo de entrar en acción de guerra o estando herido en el campo de batalla. Puede otorgarse en la forma escrita u oral, ante dos testigos. Bastará que ante los testigos el testador manifieste verbalmente su última voluntad, y si la redactó por escrito, haga entrega del pliego cerrado y firmado de su puño y letra. Si el testamento se otorgó por escrito, el testigo que lo haya recibido deberá entregarlo al superior, quien lo remitirá a la Secretaría de la Defensa Nacional, y éste al Juez de lo Familiar correspondiente al domicilio del difunto. El Juez deberá oír a los testigos en las mismas condiciones que si se tratará de testamento privado. Si sólo se estableció oralmente, los testigos lo harán saber a su superior, quien por oficio lo informará a la Secretaría de la Defensa Nacional, ésta a su vez lo informará a la autoridad judicial competente. Para declarar formal este testamento, deberá citarse a los testigos, como en todo testamento privado. también en este caso, el testamento sólo tiene validez si el testador fallece antes de que transcurra un mes desde su

⁴⁰ PENICHE LOPEZ, Op. Cit., p. 188

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

otorgamiento.”⁴¹

De este testamento podemos concluir que es un poco más seguro que el privado ya que hay más posibilidades de que pueda ser escrito y cerrado así mismo firmado de puño y letra del testador, además de que únicamente lo pueden realizar los militares, y en circunstancias específicas.

c) Testamento marítimo

Este testamento al igual que todos los especiales tiene sus características específicas y muy marcadas como que el testador debe de encontrarse en alta mar y a bordo de un buque nacional ya sea de guerra o mercante.

Este testamento lo define Edgardo Peniche López como el “reservado exclusivamente a los que se encuentran en alta mar o a bordo de navíos de la Marina Nacional, ya sean de guerra o mercantes. Deberá otorgarse por duplicado y escribirse por el testador en presencia de dos testigos y del Capitán del navío, quien conservara esos ejemplares entre los papeles más importantes de la navegación del barco y mencionando el testamento en el Diario de la Navegación. Uno de los ejemplares deberá depositarse ante el Agente diplomático, Cónsul Vicecónsul mexicano del primer puerto a que llegue el navío y el otro ejemplar, o ambos, según el caso. se

⁴¹ BAQUEIRO KOJAS, Op. Cit. p. 339

entregara a la autoridad marítima del lugar del territorio mexicano a que llegue el navío, haciéndose constar esta circunstancia en el mencionado Diario de Navegación. Los Agentes Diplomáticos, Cónsules, Vicecónsules o autoridades marítimas, según el caso, luego que reciban estos ejemplares levantarán una acta de la entrega y remitirán los mismos a la Secretaría de Relaciones Exteriores o a la Secretaria de Marina, según se trate. La validez del testamento marítimo está condicionada a la circunstancia de que el testador fallezca en el mar o dentro de un mes contado desde su desembarque en lugar donde haya podido otorgar uno nuevo".⁴²

Por su parte el Maestro Rojina Villegas nos proporciona el siguiente concepto. "Es un testamento especial que se otorga estando el testador en alta mar a bordo de un buque nacional, bien sea de guerra o mercante. Este testamento debe constar siempre por escrito y otorgarse ante dos testigos y el capitán de la embarcación, extendiéndose dos ejemplares que conservará el propio capitán y tomará razón en el libro diario del buque. Se exigen dos ejemplares en virtud de que se impone al capitán la obligación de entregar uno de ellos en el primer punto que toque, si existe un funcionario consular mexicano o un agente diplomático, y el otro lo remitirá al tocar territorio nacional a la primera autoridad marítima, o bien, a ésta enviará los dos ejemplares si no puede entregar el primero a ningún agente consular o diplomático mexicano. Exigirá el capitán recibo del agente consular o de la

⁴² PENICHE LOPEZ, Op. Cit., p. 189

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

autoridad marítima, ésta dará parte al funcionario judicial competente para que se proceda a la apertura de la sucesión con citación de los interesados.”⁴³

Ahora bien, podemos concluir después de ver los anteriores conceptos que este testamento es el más seguro de los tres testamentos especiales que hasta el momento hemos estudiado, ya que éste es el único que se exige que su forma sea escrita y firmada por el mismo testador, así como la firma del capitán del buque y de los dos testigos, a diferencia de los testamentos privado y militar que pueden ser escritos u orales. Asimismo, este testamento sólo producirá efectos legales si el testador muere en el mar, o dentro de un mes contado desde su desembarque en algún lugar donde lo pueda ratificar u otorgar uno nuevo conforme a la ley mexicana o a la extranjera.

d) Testamento hecho en país extranjero

Con este testamento se terminan los tipos especiales que regula nuestro Código Civil, y su principal característica es que se otorga en país extranjero.

Edgardo Peniche López nos dice que “por virtud del principio llamado de “extraterritorialidad” de la ley, conforme al cual los actos jurídicos otorgados en país extranjero pueden registrarse en

⁴³ ROJINA VILLEGAS, Op. Cit., p. 411

cuanto a su forma por las leyes del país de su otorgamiento, los testamentos hechos en país extranjero, producirán efectos en nuestro país, si se han hecho con arreglo de las leyes del país donde se hicieron. Pero si los mexicanos o extranjeros respecto de los bienes ubicados en la República desean hacer testamento conforme a las leyes del país, harán veces de notarios los Secretarios de Legaciones, los cónsules y vicecónsules mexicanos en el extranjero, quienes estarán obligados a remitir copias de esos testamentos otorgados ante ellos a la Secretaría de Relaciones Exteriores.⁴⁴

Asimismo Edgardo Baqueiro Rojas, nos dice que “el testamento otorgado en país extranjero es aquél realizado por los mexicanos fuera de su país, ya sea ante funcionarios mexicanos, ya ante extranjeros. En ambos casos, debe ajustarse a las leyes mexicanas para que surta sus efectos en México. En cuanto a la forma, puede ser la aceptada en la legislación del país en que se otorga según el principio de *locus regit actum*. El testador puede recurrir a las autoridades diplomáticas y consulares mexicanas y sujetarse a las leyes mexicanas en cuanto al otorgamiento, pues estos funcionarios tienen facultades notariales”.⁴⁵

Este mismo autor hace mención de que este testamento en realidad no es especial, que debe considerarse ordinario, ya que

⁴⁴ PENICHE LOPEZ, Op. Cit., p. 189

⁴⁵ BAQUEIRO Edgard, Op. Cit., p. 340

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

puede ser de cualquier tipo que esté autorizado ya sea por las leyes mexicanas o las del lugar en que se otorga. Al tratar este tipo de testamento el Código Civil, a diferencia de los demás, no establece vigencia temporal que en los anteriores casos era de treinta días después de su otorgamiento o desembarque, según el caso.

CAPITULO III

LA SUCESIÓN Y LA HERENCIA COMO AMBIGÜEDADES JURÍDICAS.

3.1 La sucesión y su definición.

Para determinar y delimitar con toda precisión un concepto básico de la sucesión, es necesario establecer una previa diferenciación, entre aquellos conceptos que forman parte del vocablo cotidiano y de los que componen el lenguaje jurídico del derecho sucesorio.

Así cotidianamente, la palabra sucesión se refiere a la serie de sucesos, acontecimientos o momentos que sucesivamente se presentan ininterrumpidamente uno tras otro hasta lograr su propia culminación.

Asimismo, podemos encontrar que la palabra "sucesión" es designada para referirse a todo aquello que continúa una obra, una labor o una actividad determinada. Y, políticamente tenemos que, de igual forma, el vocablo sucesión es utilizado y cobra importancia cada seis años, cuando nos referimos al hecho sexenal de la conocida "Sucesión Presidencial" en la que, como sabemos, se da el relevo personal de un presidente que ha concluido el periodo

para el cual fue electo, a favor de un nuevo mandatario, previamente elegido por el pueblo. Del mismo modo, podemos hablar de un suceso como la aparición de un acontecimiento trascendental y de importancia para determinados sectores.

Ahora bien, jurídicamente hablando, la sucesión encuentra un significado con características muy propias y de especial consideración, tal como podremos verificarlo en líneas posteriores. Sin embargo, para acceder al concepto de dicho término, es menester primeramente, señalar la ascendencia semántica en la que el vocablo "sucesión" encuentra sus raíces. Para Magallón Ibarra, el vocablo sucesión proviene del latín **sucesio-ontis**, que significa entrada o continuación de una persona o cosa en el lugar de otra.⁴⁶

En ese tenor, es fácil deducir cual es el sentido de la sucesión en el plano jurídico del concepto, pero... cuidado, es muy importante delimitar dicho concepto, pues es factible caer en la trampa de utilizar como sinónimo cualquier definición. Una arraigada costumbre a la que los mexicanos somos a menudo proclives. Ciertamente es, pues en el caso que nos ocupa, dos términos que suenan "iguales": sucesión y herencia. en esencia se refieren a "lo mismo", empero, técnicamente no lo son, sin embargo, es prudente aclarar que es común y válido emplear las expresiones "sucesión hereditaria" y "sucesión testamentaria", más como un

⁴⁶ MAGALLÓN IBARRA. Tomo V. Op. Cit. p.1

medio para referirnos a la sucesión en términos jurídicos, que como una confusión de conceptos.

Ahora bien, pretender definir el concepto de la sucesión nos llevará a innumerables sucesiones. Rafael de Pina, por ejemplo, maneja dos conceptos siempre en la esfera de lo jurídico diferenciando a cada uno de ellos por su grado de amplitud. En un sentido amplio, dice, que la sucesión se entiende como "un cambio meramente subjetivo de una relación de derecho" y; en un sentido estricto resulta ser "la subrogación de una persona en los bienes y derechos transmisibles dejados a su muerte por otra".⁴⁷

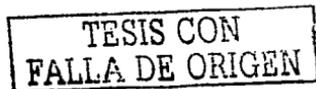
Esto es, en el primero de los casos, este autor encuentra la sucesión como un mero relevo jurídico puramente personal y potestativo en una relación de derecho, este relevo se da en la segunda de sus acepciones, como el patrimonio dejado vacante por la muerte del titular.

En el mismo sentido, Arce y Cervantes cita al autor Savigny, quien afirma que la sucesión es "la transformación puramente subjetiva de una relación de derecho".⁴⁸

Esta transformación, desde luego, no es otra cosa que la subrogación de una persona por otra en esa relación jurídica. Por

⁴⁷ DE PINA, Rafael, Op. Cit. p.254

⁴⁸ ARCE Y CERVANTES, Op. Cit. p.1



ello, y dado que ambos autores manejan la existencia de una relación de tipo subjetivo es que en la sucesión se establece un nexo jurídico de tipo subjetivo porque atiende a aspectos netamente personales y, porque es potestad del titular del patrimonio designar a su sustituto en esa titularidad.

Esta misma titularidad del patrimonio nos sugiere la necesidad, como ya decíamos, de la existencia de una propiedad. La que se deriva invariablemente de un derecho netamente perpetuo, que en pleno uso de su derecho el titular transmite a través de un acto "**mortis causa**" o por causa de muerte en beneficio, precisamente del o de quienes ha designado para sucederle.

Rafael de Pina cita a Clemente de Diego, quien por su parte, distingue dos clases de sucesiones, la sucesión entre vivos de la sucesión **mortis causa**, resaltando que ésta puede ser Universal y Singular, mientras que aquella no puede ser más que Singular: "pues significando la universalidad como un desprendimiento o desviación de la entera personalidad patrimonial o del conjunto de derecho que ostenta una persona, esto no puede ser causado sino por la muerte; mientras la persona que vive no puede renunciar, no se le puede impedir el cumplimiento de su fin, para ello ha menester de medios, y justamente los más precisos son los jurídicos".⁴⁹

⁴⁹ DE PINA, Rafael. Op. Cit. p.254

Cabe mencionar que consideramos oportuno resaltar que el autor referido hace alusión a los tipos de sucesión atendiendo a la causa de que se deriva este derecho. No debemos confundir a los tipos de sucesión que la propia legislación civil establece, es decir, la sucesión testamentaria y la sucesión legítima **ab intestato** o intestamentaria, figuras de las que en su oportunidad tendremos ocasión de analizar.

De hecho, como afirma De Pina, nuestro derecho sucesorio "hace referencia a la sucesión por causa de muerte, como forma particular del fenómeno jurídico de la propia sucesión, que es, en realidad, la única forma admitida por nuestro sistema legal de sucesión a título universal".⁵⁰

Por otro lado, Manuel Mateos Alarcón al igual que los anteriores autores, considera a la sucesión en dos acepciones: "la primera, como transmisión de los bienes de una persona que muere, a sus herederos. La segunda designa el conjunto de los derechos activos y pasivos cuya transmisión se opera por la muerte de la persona a quien pertenecía el patrimonio dejado por el difunto".⁵¹

Lo anterior establece un principio básico en la búsqueda de la determinación exacta de los conceptos a que nos referimos al

⁵⁰ Idem. p.255

⁵¹ MAGALLON IBARRA. Op. Cit., p.2

inicio del presente capítulo: observamos que este autor ofrece dos significados de la sucesión colocando en el primero de ellos a la sucesión como un derecho de disposición y afirma que en segunda definición comprende al conjunto de bienes que deberán ser transmitidos a un heredero o legatario.

A esta última concepción sucesoria, debíamos ubicarla más como la definición idónea del concepto de la herencia, pues apunta más a detallar el cúmulo de bienes o el patrimonio del *de cuius*.

Por supuesto, nosotros consideramos desafortunados los comentarios de Mateos Alarcón, pues indebidamente confunde o análoga el término sucesión con el de herencia. No debe ser así, la sucesión corresponde a un derecho y la herencia lo constituye el total de los bienes que han de ser heredados, es decir, la sucesión es en derecho a transmitir y la herencia es el conjunto de bienes transmitidos o el llamado patrimonio del *de cuius*.

Los autores Edgard Baqueiro y Rosalía Buenrostro, complican aún más la situación pues para ellos el significado del término sucesión es mucho más amplio, definiéndolo como “la transmisión de todos los bienes y derechos del difunto así como sus obligaciones, que no se extinguen con la muerte”.⁵²

⁵² EDGARD BAQUEIRO, Op. Cit, p. 255

Tal cual se aprecia, estos autores comprenden dentro del propio concepto de sucesión, tanto el derecho de transmitir, como los bienes motivo de esa transmisión. La confusión nos parece que es acarreada por la propia redacción de nuestro Código Civil, la que lamentablemente resulta insuficiente y ambigua, pues ubica a la herencia como un todo donde la sucesión es sólo una parte de ella. Además maneja a ambos conceptos como sinónimos, ya que primeramente se refiere a una "herencia testamentaria", para en el mismo espacio utilizar la expresión "sucesión testamentaria", en el título tercero de su libro segundo. Lo mismo acontece con los conceptos de "herencia legítima" y "sucesión legítima".

Nosotros insistimos, que aunque ambos conceptos de sucesión y herencia forman parte del derecho sucesorio, y son empleados equivocadamente como sinónimos, nos parece que la sucesión es tan sólo el derecho de disposición y transmisión de bienes y derechos y, la herencia es exactamente el cúmulo de bienes y derechos que son objeto de esa transmisión o subrogación, aunque desde luego, debemos reconocer que entre ambos términos existe un íntimo vínculo que haría posible pensar en el términos sucesorio sin dejar de señalar a la herencia.

Ahora bien, los principios o reglas más importantes que dan vida a la sucesión, según Arce y Cervantes, son seis a saber:

1. Como el heredero sucede al titular desaparecido, es decir, lo sustituye o sub-entra en el lugar que éste

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- ocupaba, no puede haber solución de continuidad entre el titular faltante y el sucesor porque nunca puede quedarse un patrimonio sin titular. Si en la herencia hay bienes, siempre habrá un heredero.
- II. La calidad del heredero del sucesor no puede ser condicionada ni temporal (Una vez heredero, siempre heredero).
 - III. La unidad que tiene el patrimonio hereditario no se disgrega aunque haya varios herederos, porque éste hecho implica solamente la participación de varias personas en esa unidad ya que la parte de cada heredero es cualitativamente igual.
 - IV. En principio, todos los derechos y obligaciones, y la posesión se transmiten tal y como los tenía el autor de la sucesión, sin modificación, por que se busca que las relaciones no se interrumpan ni se modifiquen por el hecho de la muerte.
 - V. Así como el autor de la sucesión respondía de sus obligaciones con todos sus bienes (2,964), su patrimonio hereditario sigue afectado a la responsabilidad de las mismas deudas, por lo que la sucesión del *de cuius*, en cuanto representa ese patrimonio, puede entrar en concurso o ser

declarada en quiebra.

- VI. La sucesión va a producir la fusión del patrimonio neto que dejó el autor de la sucesión con el patrimonio del heredero, aun cuando el proceso sucesorio y el beneficio de inventario impidan temporalmente esa confusión para ciertos efectos. Antes de esa fisión deberá procederse a la liquidación de la herencia, determinación del patrimonio, cobro de créditos y pago de legados y de deudas (1,735, 1,753 y siguientes, y la partición de la misma 1,767) si es que hay más de un heredero".⁵³

En este mismo tenor, el mismo autor contempla cuatro elementos insalvables para constituir debidamente a la sucesión. Estos son:

I. Una relación transmisible. En la que hace indispensable determinar cuales derechos y obligaciones no se extinguen con la muerte y pasan al sucesor como titular de esos derechos, quedando como obligado en las obligaciones y como poseedor de los bienes de los cuales era poseedor el difunto.

II. Persona que transmite. Se trata meramente del autor

⁵³ ARCE Y CERVANTES. Op. Cit., p.3



de la herencia, y que se tiene como requisito ineludible su propia muerte. Solamente así puede empezar a surtir sus efectos el testamento. Debemos suponer que la muerte del autor debe ser de una persona física, solamente en este caso podemos hablar de la sucesión **mortis causa**. La extinción de las personas morales no permite la sucesión **mortis causa**.

III. La persona que recibe la herencia. Conocido, desde luego como el heredero y es aquél que va a sustituir al autor de la herencia, en la titularidad de sus bienes que llegaron a integrar su patrimonio, entrando en esa relación al momento de la muerte de aquél. Sobra manifestar que es necesario que ese sucesor sea una persona jurídicamente reconocida y en pleno ejercicio de sus derechos. Es importante aclarar que este sucesor debe resultar una persona capaz, entendiendo por este concepto, a la capacidad jurídica y no a la eficiencia en el manejo de los bienes o patrimonio heredado. La capacidad de heredar, por tanto, tiene su razón de ser en la naturaleza misma de las cosas y es necesario para que nazca el derecho de suceder a favor del sucesor. Por supuesto, esta persona deberá existir al momento de heredar pues de otro modo sería imposible designar a un sucesor inexistente, fallecido o no nacido.

IV. Llamado a heredar. En virtud de que el objetivo social del patrimonio es el lograr que los derechos y obligaciones no se limiten a ser simples atributos de una persona sino medios

jurídicos con los cuales pueda continuar la función familiar y social de los bienes, para que esta sucesión pueda continuar corresponde al derecho, determinar cuando no hay voluntad testamentaria de por medio, el modo de señalar ese sucesor.

3.2 La sucesión en la historia.

Muy difícil resultaría remontarnos con certeza y no sin riesgo de cometer algunas equivocaciones cronológicas, a los primeros orígenes del derecho sucesorio y a la propia sucesión testamentaria, tal como lo hemos establecido antes.

A caso podríamos escasamente suponer con aproximada certeza, que en remoto pasado del hombre y de sus primitivas instituciones jurídicas, un esbozo de sucesión con la aparición de una arcaica e imperfecta propiedad privada.

Durante el tiempo que el hombre manejó un concepto cambiario y permutuario de sus propiedades, poco era lo que pudo manejar como un patrimonio. No obstante, cuando el hombre empezó a usar económicamente las cosas que les ofrecía la naturaleza, debieron convertirlas en bienes de utilización colectiva, que con el tiempo constituyeron la propiedad privada.

En efecto, con el transcurrir del tiempo, aquellos grupos primarios o formas primitivas de sociedad se convirtieron en grupos cada vez más grandes, que mantuvieron su propia individualidad y

conservaron para sí todos los bienes acumulados como producto de sus miembros, conformando una primitiva y antigua forma de la institución del patrimonio y de la propiedad privada.

Como sabemos, en aquellos tiempos, dichos grupos primarios constaban con la imprescindible figura de una autoridad, reconocida por todos los componentes de cada comunidad. Esta jefatura poseía una imagen mística y casi divina, que concentraba en sus personas todo tipo de poderes y atribuciones religiosas, la cual rebasaba incluso a aquellos seres que en bienes materiales pudieran ostentar mayores poderes. Por ello, en aquellas épocas de transmisión del poder o liderazgo de una autoridad preocupaba mucho más a una comunidad que la propia transmisión material de sus bienes o propiedades. Aún y cuando esa sucesión de poder y autoridad debiera regirse por aspectos de consanguinidad y descendencia.

3.3 La sucesión en la familia actual.

A lo largo del presente trabajo de investigación, hemos establecido las diferentes etapas históricas que enfrente el proceso de maduración del Derecho sucesorio.

De las diferentes épocas, podemos observar que solo el Derecho Germánico maneja la sucesión fuera del estrecho círculo familiar, donde el vecino del *de cuius* poseía mayores derechos de heredar que sus propios descendientes.

Actualmente no se establece limitación alguna en la sucesión testamentaria, respecto de las personas que tenga a bien designar el autor de la herencia. Sin embargo, podemos establecer que la mayoría de las sucesiones testamentarias encuentran aljelo en designaciones de carácter familiar, en donde los sucesores son comúnmente descendientes del autor.

Al respecto debemos mencionar con profunda desilusión el desuso en el que la sucesión testamentaria ha caído, problemática que como sabemos, es el punto motriz de esta investigación. Así las cosas, el autor Magallón Ibarra cita al Maestro Gutiérrez y González, quien establece que "el tema de la herencia ha perdido mucha importancia en virtud de las siguientes razones: 1ª Por que en el ejercicio de la actividad profesional esta materia ha perdido un noventa o un noventa y cinco por ciento de su aplicación, puesto que las personas que poseen un patrimonio - ante las dilaciones de los procesos sucesorios, amén de los conflictos que suelen presentarse entre los herederos-, prefieren distribuir sus bienes entre aquellos que escogen en vida, obviando así todas aquéllas dificultades y evitándose, así el juicio sucesorio. Una de esas fórmulas es transferir la nuda propiedad de sus bienes a quien se quisiere beneficiar con la herencia reservándose para sí el usufructo. Ello acarrearía que al sobrevenir el fallecimiento, sin necesidad de tramites sucesorios, operaría la consolidación del usufructo con la nuda propiedad. Otro sistema lo sería la constitución de una sociedad anónima a la cual se aportan

inmuebles; representándose su capital con las acciones que se expiden. Por tanto, en lugar de hacer testamento y designar herederos, entrega los títulos representativos de dichas acciones a quien se desea beneficiar y de esa manera se le está transmitiendo la parte alicuosa del capital de esa empresa. 2ª Por apreciar que el Derecho Sucesorio es eminente un derecho procesal y, consecuentemente, no substantivo. A ese propósito aprecia que el Código Civil debía consignar solamente el Derecho a la herencia; pero permitir que su regulación debía substanciarse básicamente como un Derecho Procesal Civil, cuya materia debería impartirse como un curso especial en una Universidad".⁵⁴

Desde luego, coincidimos con los conceptos anteriores, sin embargo debemos reconocer igualmente que el desuso en que ha caído la sucesión testamentaria allanándonos a lo dicho por el maestro Gutiérrez y González, engendraría una problemática mayor pues dicho desuso no obedece simplemente a aspectos de carácter jurídico, sino encuentra fuerte oposición de los aspectos económicos y culturales de la mayoría de las familias mexicanas.

No dudamos que las oposiciones ofrecidas por este autor tendrían mayor eficacia que la del propio testamento pero creemos también que dichas oposiciones resultarían mucho más onerosas que la propia creación de un testamento. Desde luego, el tema no se agota en estas líneas. es necesario profundizar en el tema. por esta razón, dentro de este mismo trabajo, analizaremos ulteriormente las

⁵⁴ MAGALLON IBARRA. Op. Cit. p. 24

causas más comunes y frecuentes que se oponen a la practica cotidiana de la sucesión testamentaria. Podremos por lo anterior, considerar que el desarrollo de nuestra labor, nos dará una clara idea de esa problemática y una muy estimable posibilidad de solución.

3.4 La herencia y sus efectos.

Retomando las consideraciones hechas al principio del presente capitulo respecto de la aparente semejanza y equívoca analogía de los términos “sucesión” y “herencia”, estamos en aptitud de establecer tajantemente los límites de cada concepto, insistiendo, como ya lo hicimos, en considerar a la sucesión como un mero derecho subjetivo de transmisión: es el proceso mediante el cual se realiza la substitución en la titularidad del patrimonio del que falleció; así también, por su parte, podemos afirmar que la herencia simplemente conceptualizada es la masa de los bienes que va a ser objeto de transmisión o cambio de titular.

Como dijimos antes, se sabe que en tiempos remotos la sucesión consistía básicamente en la transmisión del poder y soberanía que el jefe de familia ejercía sobre su grupo o comunidad, característica que, con el paso del tiempo, fue perdiendo vigencia hasta convertirse en la sesión hereditaria que actualmente conocemos.

En la actualidad la herencia debe entenderse con toda

precisión como la sucesión a título universal o particular por causa de muerte, de aquellos derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte del de *cujus* o autor de la sucesión. Sin duda, la herencia es jerárquicamente una parte de la sucesión, es la parte más importante de la sucesión hereditaria, pues de no existir una herencia o bienes que la conformen, la sucesión no tendría razón de ser.

3.4.1. Definición.

Tal como acontece con la confesión de los conceptos “herencia” y “sucesión”, la expresión de herencia suele ser confundido cotidianamente con términos como el de testamento, e incluso con el de legado. Vocablos estos últimos que, en efecto, corresponden al cúmulo de figuras e instituciones jurídicas que en derecho sucesorio y más específicamente en materia de herencia manejamos a menudo.

Magallón Ibarra, acertadamente cita a Mateos Alarcón para definir a la herencia como “todo el patrimonio del difunto considerado como una unidad que abarca y comprende toda relación jurídica del causante independientemente de los elementos singulares que lo integren”.⁵⁵

Este mismo autor estima además que la herencia requiere

⁵⁵ Idem, p.2

de la adquisición de un título personal que se otorga al heredero la condición necesaria y suficiente para colocarse en la misma posición jurídica del difunto respecto del patrimonio y de las responsabilidades privadas, salvo en aquellos derechos y aquéllas obligaciones que se extinguen con la muerte del sujeto y salvo los bienes de los cuales el difunto hubiese dispuesto expresamente a favor de terceros. Por supuesto, ese título personal es otorgado por manifiesta voluntad del difunto expresada a través del testamento. Es por ello que la herencia y el testamento no pueden ser conceptos ni remotamente semejantes.

Así mismo el maestro Rafael De Pina cita a Clemente de Diego, que con una visión afín a la anterior, “define la herencia como el patrimonio del finado, diciendo que lo que en vida del titular se llama patrimonio, a su muerte se convierte en herencia. Pero –añade– como el derecho hereditario es título o modo de transmisión a un tercero de ese patrimonio, despréndese de aquí que no forman de ésta los derechos intransmisibles, pues se extingue con la muerte del titular”.⁵⁶

El derecho germano, por otra parte, establecía que la herencia debería ser considerada como el conjunto de bienes dejados por el difunto como activo hereditario, de la que no forman parte las deudas, en tanto que el derecho romano, estimaba a la herencia como el patrimonio considerado como un todo unitario.

⁵⁶ DE PINA, Rafael. Op. Cit. p. 266

que comprendía el activo y el pasivo, es decir, contemplaba dentro de ese todo la obligación por parte de los herederos de soportar ilimitadamente las deudas que el difunto tuviera al momento del fallecimiento.

Todos los conceptos vertidos convergen en un hecho determinado: la herencia es el cúmulo de bienes que a la muerte del difunto han de ser transmitidos y que en vida de éstos se denominó como patrimonio.

Nuestro ordenamiento civil, en su artículo 1281 define a la herencia del siguiente modo:

Artículo 1281.- Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte.

El concepto que nuestra legislación civil otorga a la herencia resulta confuso y en estricta interpretación, es un grave error de redacción, toda vez que el precepto señalado considera a la herencia como “la sucesión” de todos los bienes del difunto. La ambigüedad de su redacción permite suponer, en todo caso, que la herencia es lo mismo que la sucesión, lo que ya hemos discutido y hemos concluido como errónea: la sucesión es la transmisión, subrogación o cambio de la titularidad de algún derecho; y, la herencia es simplemente el cumulo de bienes heredados.

Por otra parte, nuestro derecho sucesorio es resultado de una curiosa mezcla de los derechos romano y germánico, pues del primero retoma la necesidad de mantener existentes los créditos que el difunto tuviera al momento de su muerte, y como consecuencia del derecho bárbaro establece la obligación del heredero a responder por dichos adeudos, pero esas obligaciones se encuentran estrictamente limitadas al valor de la herencia, asimismo, lo establece el artículo 1284, el que a continuación se transcribe:

Artículo 1284. El heredero adquiere a título universal y responde de las cargas de la herencia hasta donde alcance la cuantía de los bienes que hereda.

En el mismo tenor, es conveniente señalar los elementos de la herencia, que a juicio del maestro De Pina son:

a) Elemento personal o subjetivo. Está representado por el causante (llamado también autor de la herencia, *de cuius*), o testador, en el caso de sucesión testada, y por el causahabiente o sucesor (que puede ser heredero o legatario).

Los autores hablan a este respecto de una relación sucesoria, pero hay que tener mucho cuidado en no dar a esta expresión un sentido que ni tiene ni puede tener de ningún modo.

A este respecto se ha dicho, para evitar confusiones, “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 recíprocas entre el causante y causahabiente, por la sencilla razón de que ambos, en cuanto tales y con ese carácter, no llegan a coexistir ni un solo minuto, pues mientras un sujeto vive queda excluida por definición la sucesión *mortis causa* cuando ésta se abre, el causante ha muerto añadiéndose que los derechos y deberes del sucesor dimanar y proceden del muerto, pero son derechos de 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”.

b) Elemento objetivo o real. Está constituido por el conjunto de las titularidades pertenecientes al causante y que no se extinguen por su muerte. El elemento objetivo de la sucesión *mortis causa* se concreta, pues, en el conjunto de los bienes, derechos y obligaciones del difunto que no se extinguen por su muerte.

No caen dentro del concepto de elemento objetivo de la sucesión *mortis causa* aquellas titularidades que la muerte

extingue inexorablemente.

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. En efecto, se advierte que la transmisión se produce en relación con los de carácter patrimonial, en términos generales, pero que existen bastantes que se extinguen con la muerte del causante de la sucesión, tales como los de personalidad, los de usufructo, uso y habitación, los correspondientes a la patria potestad, el mandato, los derechos políticos, los honoríficos, las condiciones o aptitudes especiales del sujeto, y otros más.

En cuanto al que supone el ejercicio de la acción procesal, está reconocida la transmisibilidad en los casos expresamente previstos por el legislador, entre los que se encuentran, por ejemplo , el derecho que tienen los herederos de contradecir la paternidad de un hijo en los casos en que podría hacerlo el padre demente que fallece sin recobrar la razón, el que compete a los hijos para reclamar su estado, que es imprescriptible no sólo para ellos, sino para sus descendientes, el de los descendientes del hijo nacido fuera del matrimonio a investigar la paternidad del mismo después de su muerte y el derecho de heredar. puesto que el sujeto que muere antes de aceptar la herencia transmite sus derechos a sus herederos.

c) Elemento causal de la sucesión mortis causa. 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 de testador (delación testamentaria) o por la voluntad presunta del causante (delación legitima).⁵⁷

El mismo autor, nos dice que “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”.⁵⁸

Nosotros pensamos que es errónea la estimación que hace este autor puesto que el concepto de herencia debe referirse única y exclusivamente al cúmulo de bienes que se heredan, teniendo, en todo caso, como clases de herencia los sentidos subjetivos y objetivos que refiere dicho autor.

Cierto es que existen mil definiciones más del concepto, empero para efectos de elaboración del presente trabajo no consideramos necesario hacer mención de todos ellos en este espacio, pues es muy poco lo que podrían aportar para completar nuestra definición conceptual del término.

⁵⁷ Cueth, p.37

⁵⁸ Ibidem, p.265

3.4.2 Su objeto jurídico.

De inicio debemos establecer que por ser la herencia, a través del testamento, el vehículo ideal para transmitir la titularidad de un patrimonio a la muerte del autor, debíamos pensar que el objeto jurídico de la sucesión testamentaria es la protección del patrimonio familiar. Sin embargo, delimitarlo de este modo resulta insuficiente, pues la sucesión testamentaria va más allá de una simple protección material. Por ello, y antes de concluir su misión legal, en líneas posteriores pretenderemos analizar algunas reflexiones de varios tratadistas que emiten su parecer respecto de la misión y objeto jurídico de ésta institución.

El maestro De Pina indica, citando a Castán quien nos dice 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 que procedía y que si bien más adelante aparece el derecho de sucesión, éste no empieza bajo la forma de sucesión voluntaria, sino con el carácter de sucesión necesaria y familiar y ordinariamente como transmisión del patrimonio indiviso”.⁵⁹

Esta cita presume un interés inspirado en los valores que

⁵⁹ *Ibidem*, p.286

la familia debe establecer para mantener dentro de su núcleo el patrimonio vacante en su titularidad. Puesto que no puede operar ninguna transmisión en tanto no se de el fallecimiento del titular, por lo mismo, cuando ello ocurre es cuando se desprende la necesidad de la continuidad de algunas consecuencias patrimoniales de la personalidad del fallecido.

Al respecto, algunas teorías refieren erróneamente que el objeto jurídico de la sucesión es la de la representación jurídica del de *cujus*. Situación que a nosotros nos parece que materialmente es imposible, pues para obtener dicha representación es menester que el mandante que otorga dicha representación se encuentre vivo.

Con ello, podemos desde ahora descartar a la posible representación como objeto de la sucesión hereditaria.

Magallón Ibarra cita acertadamente al maestro Rojina Villegas, quien se inclina a pensar que el fin jurídico de la sucesión es, allanándose a “la Teoría de Brinz que apreciaba a la sucesión como un conjunto de bienes afectando a la realización de un fin jurídico-económico. En la herencia el fin consiste en liquidar el pasivo, para determinar el activo líquido y operar la transferencia a título universal o particular en favor de herederos y legatarios. También observa que el fin consiste en mantener intactas ciertas relaciones patrimoniales activas y pasivas para que la muerte no venga a trastornar la situación de los acreedores o deudores en la herencia. Además el fin jurídico –una vez determinado el activo

liquido patrimonial-, consiste en transferir a sujetos determinados los bienes que integran ese haber líquido, para que hay un sujeto responsable de las obligaciones del autor de la herencia y un representante del patrimonio. De ello, concluye que la herencia –en el derecho positivo- se organiza como un patrimonio afectado a la realización de un fin jurídico económico.⁶⁰

En consecuencia podemos concluir que el maestro Rojina Villegas, considera que el objeto jurídico de la sucesión testamentaria, es la transmisión del patrimonio del de *cujus*. No establece, sin embargo, relación alguna con el aspecto familiar que envuelve y motiva a la relación de la mayoría de los testamentos.

Nosotros creemos que efectivamente, el objeto jurídico de la sucesión hereditaria radica en la propia transmisión del patrimonio que una determinada familia ha creado con el tiempo y del cual normalmente el padre es el titular del mismo. Cuando este fallece es necesario nombrar o designar a un sustituto que se encargue de la administración y manejo de dichos bienes, es decir, la base de la sucesión se funda en la necesidad de continuar y transmitir el patrimonio familiar de generación en generación.

No obstante lo anterior, el aspecto familiar no es siempre premisa ineludible, pues en los casos en que el autor carece de descendientes consanguíneos, la transmisión se realiza a un ente totalmente diferentes y ajeno a la relación afectivamente del de

⁶⁰ MAGALLON IBARRA, Jorge Mario, Op. Cit., p.22

cujus: el Estado, quien destinará el patrimonio vacante a la beneficencia pública.

Por ello considera que ese objeto jurídico aludido, responde a sentimientos de afectividad, familiares o no, que tienen como fin garantizar la preservación jurídico económico del patrimonio.

3.5 Formas de heredar.

En los puntos que anteceden ya pudimos vislumbrar, aunque muy superficialmente, las formas en que se pueda dar la sucesión hereditaria.

Nuestro Código Civil, en su artículo 1282, establece las vías legales para disponer sucesoriamente del patrimonio o herencia.

Artículo 1282. la herencia se difiere por la voluntad del testador o por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria y la segunda legítima.

Por lo dispuesto en éste ordenamiento, debemos establecer, a pesar de lo confuso de los términos empleados, que la herencia se transmite por virtud de la voluntad libre y espontánea del autor de la herencia, a través de un documento llamado Testamento; y para el caso de que no exista éste deberá hacerse

dicha designación a través de un medio legal, o sea, por medio de la sucesión legítima.

El primero de los medios legales a que nos referimos se denomina "Sucesión Testamentaria", la que como oportunamente apuntamos, es la disposición del patrimonio, por parte de su titular en el que designa a su sucesor o sucesores de dicho patrimonio, cuando aquel deje de existir físicamente.

El medio legal de trasmisión es el llamado testamento, del cual Rafael De Pina apunta que el testamento puede entenderse en dos sentidos: Como acto de ultima voluntad y como documento en que esta voluntad se encuentra. Efectivamente, el testamento es un acto y a la vez es un documento, aunque esta ultima concepción es la que prevalece como idea general popular, a pesar que algunos tratadistas han intentado descubrir su naturaleza jurídica, concibiéndolo como un contrato, como una obligación condicional, etcétera.

Para algunos más el testamento es un acto o negocio imperfecto, cuya perfección se cumplimenta con la muerte del testador. Asimismo Rafael De Pina nos fortalece esta idea citando al maestro Demófilo De Buen, quien asegura que "el testamento constituye un elemento de una creación de derecho; pero, en cambio, en el primer aspecto es un acto jurídico perfecto".⁶¹

⁶¹ DE PINA, Rafael. Op. Cit., p.289.

CAPITULO IV

EL TESTAMENTO SU USO Y EFECTOS EN LA FAMILIA MEXICANA

4.1 La familia y sus costumbres en el uso del testamento

Antes de entrar de lleno al análisis de este tema, es necesario determinar que entendemos por familia, palabra que en concepto generalizado, según el Diccionario Enciclopédico, viene del latín "fámulus: sirviente o esclavo, es considerada el conjunto de ascendientes, descendientes colaterales y afines de un linaje".⁶²

Por su parte Mariano Azuela nos dice que "La familia es una institución natural, nace espontáneamente donde quiera que haya hombres. No espera para aparecer a que el Estado le asigne un estatuto jurídico, en la mayoría de las sociedades, la familia existe sin intervención de Estado y se rige por costumbres tradicionales"⁶³

Una vez aportados los conceptos antes transcritos llegamos a la conclusión de que la familia es el núcleo de la sociedad, que se encuentra integrado por individuos y que se rige

⁶² Diccionario Enciclopédico de México. Tomo IV. Ob. cit. p. 58.

⁶³ AZUELA GUITRON, Mariano, Derecho Sociedad y Estado. 1ª Reimpresión. D.R. Universidad Iberoamericana, Departamento de Derecho, 1995, p.197.

primordialmente por costumbres de orden tradicional.

Resulta necesario el estudio de la familia en virtud de que los testamentos, que forman parte medular de la presente investigación, son materia del derecho familiar, rama del derecho en la que influyen sobremanera cuestiones propias de la moral, las buenas costumbres etcétera, esto es, de carácter ético, tal y como lo menciona Sánchez Medal, el que opina que "el contenido ético del derecho de familia, como ha hecho notar Ruggiero, se manifiesta claramente porque en ningún otro campo jurídico influyen tanto como en éste, la religión, la moral y las llamadas buenas costumbres".⁶⁴

Ahora bien, como hemos venido estableciendo a lo largo de la presente labor, la estructura de la familia de nuestro país adolece de una cultura jurídica que les permita proteger de alguna u otra manera sus bienes ante las eventualidades. Desde luego, uno de los principales problemas que enfrenta nuestra sociedad es el alarmante grado de irregularidad en que se encuentra su patrimonio, muchas veces, producto de la falta de precaución y asesoría jurídica en materia de sucesiones.

Verdaderamente resulta incomprensible y sumamente sorprendente descubrir que hasta nuestros días, la familia

⁶⁴ SÁNCHEZ MEDAL, Ramon. Los Grandes cambios en el Derecho de familia en Mexico. Editorial Porrúa. México. 1979. p. 206.

mexicana enfrenta aún grandes prejuicios respecto del uso del testamento o de las alternativas afines. Desde luego, dichos obstáculos idiosincráticos merecen mención aparte, razón por la que en apartados posteriores habremos de ocuparnos de ellos de manera individual y de modo profundo.

Así las cosas, resulta interesante por otra parte, la asociación que normalmente se tiene entre la muerte y el testamento, como ya dijimos pese a que el testamento presume una simple voluntad de su creador, el pensar en crear dicho documento, irremediablemente suele crear también una infundada disposición que invita a pensar en el preludio de una muerte cercana.

Asimismo, el aspecto subjetivo del testamento engendra el riesgo, también de manera prejuiciosa, que al atreverse a planear la necesidad de considerar el testamento como un medio de seguridad legal, de ser estigmatizado y acusado de una "conducta mezquina e interesada" si dicho planteamiento proviene de alguno de los integrantes de la familia del testador.

Sin duda, un buen comienzo para terminar con estas cuestiones de la falta de cultura jurídica de la sociedad sería el que la Comisión de Radio, Televisión y Medios de Comunicación de la Cámara de Diputados de nuestro país, se preocupara por decretar a los medios de comunicación, principalmente a los medios electrónicos, la imposición de ofrecer un espacio ameno para la promoción de los conocimientos básicos del derecho. Atreviéndonos

a proponer lo anterior, ya que en términos del último párrafo del artículo 6° de Nuestra Carta Magna, "el derecho a la información será garantizado por el Estado", lo que quiere decir que dicho precepto constitucional da la pauta para atrevernos a externar que el Estado debe proporcionar a los ciudadanos información, la que desafortunadamente, sólo versa sobre procesos electorales, esto es, se entiende solamente de asuntos políticos, sin embargo, debemos reconocer que los asuntos electorales no son la única problemática que exige la difusión de la información a que se refiere nuestra Carta Magna, como atinadamente señala Fátima Fernández, quien dice que "el derecho a la información es correlativo al derecho de libertad de expresión, lo que conduce a pensar que al menos formalmente va a existir ese derecho".⁶⁵

En esa tesitura, debemos pensar en cambiar el sentido idiosincrático de la falta de prevención jurídica por un sentido cultural eficaz y trascendente. Principalmente, debemos hacer conciencia del derecho que la propia constitución nos otorga respecto a la información y una vez hecho lo anterior, exigir de éste que se cumpla con la finalidad de dicho derecho. Lo que en materia de sucesiones podemos atrevernos a plantear como solución la transmisión de programas de televisión, radio, y por que no, también en revistas o periódicos, de temas que vayan encaminados a informar a la gente de la problemática jurídica que acarrea el no elaborar testamento respecto de los bienes que le pertenecen a un

⁶⁵ FERNÁNDEZ CHRISTLIEB, Fátima. *Los Medios de Difusión Masiva en México*. Juan Pablos Editor. México. 1993, p. 54.

sujeto, pero tratado a su vez con una máscara de historia cotidiana a fin de que se despierte el interés de los individuos a quienes va encaminado. No se trata de cambiar la forma de vida, sino la forma de pensar.

4.2 El acceso de la familia a la cultura jurídica

Resulta fácil limitarnos a cuestionar la falta de la cultura jurídica que, como ya se dijo, agobia de manera notable a la mayoría de los mexicanos. Sin embargo, el no proporcionar algún tipo de alternativa de solución haría insuficiente y lamentablemente incompleto el presente trabajo de investigación, por ello, en vía de tal propuesta nos atrevemos a considerar de entre un cúmulo de aparentes soluciones, tres de ellas que considero merecen un tratamiento especial y profundo.

A la fecha, es justo reconocer que el Colegio de Notarios de la Ciudad de México, en la actualidad realiza grandes esfuerzos para penetrar en todos los estratos sociales, ofreciendo asesoría legal y gratuita en diversos campos legales, sin embargo, la mayoría de las consultas que conceden se dirigen a cuestiones relativas a las sucesiones y a la propiedad, particularmente.

En efecto, a la fecha resulta sencillo encontrar en diversos lugares de la ciudad, un gran número de pliegos propagandísticos que invitan al ciudadano a recurrir a la sede de tal Colegio, en busca de una asesoría gratuita. Ciertamente mucho ayuda la

información proporcionada por el Colegio de Notarios, sin embargo, también es cierto que la sola asesoría resulta insuficiente para lograr resultados ostensibles.

No obstante, por informes proporcionados por el Colegio de Notarios, sabemos que realizan de manera constante diversas actividades sociales, dentro de las que destacan el Servicio de Consultoría Jurídica Gratuita. Este es uno de los servicios sociales que existe hace ya casi un cuarto de siglo, mismo que pese a que ha tenido una gran aceptación por el público en general, no es conocido por la gran mayoría de la población. Dicho servicio se presta en las instalaciones del Colegio de Notarios y son impartidas por parte de los propios notarios que lo integran además de contar con un grupo de abogados con patente de aspirante al ejercicio del notariado. En dichas sesiones, los interesados en recibir la asesoría de los notarios, plantean a éstos diversas clases de problemas, dentro de los que destacan los relacionados con sucesiones, transmisión de la propiedad de inmuebles y los relativos a la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, como los más importantes.

Al respecto, debemos señalar que según el propio Colegio de Notarios, el número de asesorías diarias que se desahogan es en promedio de treinta y cinco, lo que desde luego, para una población como la de nuestra ciudad, resulta indiscutiblemente mínimo. Creo que el esfuerzo del Colegio de Notarios de la Ciudad de México es admirable, pero ciertamente insuficiente; en este sentido, pensamos

que el Gobierno de la Ciudad de México, al igual que en otros casos en que ha intervenido en programas de procuración social, debería comprometerse con la ciudadanía a efecto de que dentro de sus instalaciones de la Procuraduría Social capacitara a personal jurídico que pudiera brindar un apoyo legal semejante al que ofrece el ya citado Colegio de Notarios.

Por otra parte, también resultaría atractivo que las diversas universidades de nuestro país, por lo menos las que cuentan con una escuela superior o facultad de derecho, establecieran algunos módulos o instalaciones para la difusión de la cultura jurídica mediante conferencias o mesas de debate basadas en las propias experiencias de los ciudadanos interesados, donde no sólo los propios alumnos de dichas instituciones pudieran tener acceso, sino que el público en general se sintiera llamado a participar. Así, el conocimiento jurídico que tradicionalmente ha sido acusado de elitista, podría ser entonces socializado y permitir que la ciudadanía pueda acceder libremente a una digna cultura jurídica. Muy prudente sería, en este sentido desprender esa etiqueta elitista con la que normalmente se distingue a los juristas.

En las apuntadas circunstancias, el Colegio de Notarios implantó un sistema de Guardias Notariales, donde dos notarios acuden a las instalaciones del Colegio de Notarios para atender las solicitudes de carácter urgente que formulan los particulares y que implican actuaciones fuera de las notarias; bajo este sistema, son atendidas aquellas personas que requieren los servicios de un

Notario, bien sea para el otorgamiento de un testamento en el domicilio del testador o en algún hospital para dar fe de ciertos hechos o para realizar alguna notificación, requerimiento o cualquier otra diligencia que haga necesaria la intervención notarial.

4.3 La muerte como prejuicio en las relaciones jurídicas familiares.

Anteriormente dijimos que la muerte representa el elemento más característico y de mayor oposición para la practica de las disposiciones testamentarias; resulta igualmente, el obstáculo subjetivo y culturalmente más peligroso para pensar en su ejercicio de manera clara y libre.

El temor a la muerte es uno de los principales factores que impiden que una persona haga disposición expresa de su última voluntad, factor que se presenta, en el mayor de los casos, en las personas de edad avanzada, esto es, personas que psicológicamente se sienten más asociadas con la muerte.

Comúnmente, cuando a alguna de estas personas a que nos hemos referido, se les hace la recomendación de la elaboración de su testamento, suelen asociar tal hecho con la pretensión de su muerte y el interés de alguna manera de llegar a

poseer los bienes que son de su propiedad en el momento en que fallezca, lo que dificulta sobremanera la difusión del testamento, puesto que la situación antes señalada trae como consecuencia, incluso, el rompimiento de buenas relaciones familiares.

En este aspecto, es menester señalar que sería recomendable la aparición de organizaciones de personas preparadas para la persuasión psicológica hacia estas personas, individuos que por sus características de simpatía o carisma fueran aptos para actuar como líderes morales, esto es, que al dirigirse a las personas de edad avanzada, que suelen ser muy desconfiados, no produjera en ellos ese sentimiento de rechazo comunmente presentado en estos casos.

Independientemente de lo anterior, existe otro factor que influye en demasía en la no realización del testamento, el cual se encuentra constituido por la problemática económica que representa una de las mayores oposiciones para la práctica de las disposiciones testamentarias, pues pese a que económicamente el costo de la elaboración de un testamento no es alto, la imposibilidad normal del acceso directo del ciudadano ante un notario hace inevitable la contratación de un abogado para dirigir sus pasos en el trámite de la obtención de dicho testamento, lo que eleva en alto grado su costo, que como podremos observar, tampoco resulta la mejor.

Este aspecto resulta interesante, pues la misma desinformación del ciudadano común provoca que éste tenga la idea de que el Notario Público es una autoridad más, circunstancia que no podemos apartar de un hecho tan incuestionable como lo es el que toda autoridad engendra en el ciudadano un sentimiento natural de desconfianza, razón que impide que el individuo accese de manera directa ante el Notario Público a disponer libre y voluntariamente de sus bienes.

Al respecto debemos decir que por el contrario, el Notario, es un particular, profesional del derecho que después de sustentar diversos exámenes, tanto de aspirante como de oposición, ejercerá la función de fedatario público, brindando seguridad jurídica y certeza en las transacciones de las que da fe. Es absolutamente ajeno e independiente del poder público y de los particulares, por lo que debe manejar una completa imparcialidad para sus clientes y una autonomía respecto de la autoridad, por lo que sus decisiones sólo podrán tener como limite el propio marco jurídico y el estado de derecho.

4.4 El testamento y sus efectos en la familia

Como ya habíamos puntualizado, actualmente en la familia mexicana, pese a conservar gran parte de sus ancestrales prejuicios idiosincrásicos en materia de sucesiones, es cada vez más proclive aceptar la asesoría jurídica necesaria, sea mediante la

intervención del abogado litigante o por vía directa del propio Notario Público. Como sea, la nueva actitud mexicana, contrasta notablemente con la antigua estigmatización familiar, quizá el aumento del nivel académico de la población ha colaborado eficientemente en dicho avance, pues concomitantemente al hecho del desgaste de los viejos prejuicios, así como el surgimiento de una nueva ideología, respecto de las garantías individuales de igualdad y seguridad jurídica han propiciado un mayor interés en el conocimiento del derecho.

No obstante, lo cierto es que pese al incremento del uso del testamento en nuestro país es preciso reconocer que, como decíamos anteriormente, lo grave no resulta el hecho de protocolizar la voluntad del de cujus, a través de ese testamento; lo es más los grandes costos derivados del pago de derechos y de los honorarios notariales, los que resultan ser los obstáculos más importantes que desalientan el uso de dicha disposición testamentaria.

Es la ley, la que precisamente, ante el desuso del testamento, brinda a la colectividad en aras de la seguridad jurídica el otorgamiento del testamento público sin testigos, que normalmente era uno de los obstáculos principales para que la gente testara, pues reunir a tres testigos instrumentales a la misma hora, en el mismo lugar era difícil y eso desalentaba mucho al testador. La eliminación de testigos en la generalidad de testamentos públicos abiertos, excepto en aquellos en los que el testador no sabe leer o no sabe firmar, y cuando el notario o el

testador lo requieran, en una situación particular a su juicio, lo que promueve la cultura del testamento y elimina en cierta medida la existencia de intestados muchas veces indeseables.

En este mismo sentido, actualmente se tiene la facilidad de que en los mismos actos de adquisición de la propiedad, en programas de regularización, se otorgue el testamento público simplificado y ahí se determine quienes van a ser los legatarios del inmueble para después de la muerte del testador.

El testamento público abierto o cerrado abarca la totalidad del patrimonio de una persona que no está constituido necesariamente por inmuebles, razón por la cual, cualquier persona debe hacer su testamento para evitar conflictos futuros, conocimiento que desde luego, debemos tener cuidado de divulgar, en busca de un uso más frecuente del testamento en nuestro país.

4.5 El parentesco y su situación jurídica

El maestro Edgardo Peniche nos dice que “Los efectos que en el orden jurídico trae aparejado el parentesco se pueden traducir en derechos, obligaciones e incapacidades.

Entre los derechos podemos mencionar los de heredar o suceder, el de recibir alimentos, el de ejercer la patria potestad, etc.

Como obligaciones tenemos la de cubrir la pensión

alimenticia y la de honrar y respetar a los padres. Y entre las incapacidades la que impide contraer matrimonio entre parientes en línea recta sin limitación de grado; en el de afinidad, hasta el segundo grado. Y en la línea colateral hasta tercer grado.”⁶⁶

Pero únicamente nos avocaremos a los derechos de heredar o suceder, ya que es el tema de que estamos hablando independientemente de los demás derechos obligaciones o impedimento que provoca el parentesco.

Nuestro Código Civil nos habla al respecto en los artículos que a continuación se transcriben:

Artículo 1602. *Tienen derecho a heredar por sucesión legítima:*

I Los descendientes, cónyuge, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario, si se satisfacen en este caso los requisitos señalados por el artículo 1635;

II A falta de los anteriores, la Beneficencia Pública.

⁶⁶ PENICHE LOPEZ, Edgardo, Op. Cit., p.124

Artículo 1604. *Los parientes más próximos excluyen a los más remotos, salvo lo dispuesto en los artículos 1069 y 1632.*

Artículo 1605. *Los parientes que se hallaren en el mismo grado, heredarán por partes iguales.*

Artículo 1606. *Las líneas y grados de parentesco se arreglarán por las disposiciones contenidas en el capítulo I, título VI, libro primero.*

Así mismo nos dice en relación con el parentesco por afinidad en el:

Artículo 1603. *El parentesco de afinidad no da derecho a heredar.*

Finalmente nos habla el parentesco civil o por adopción:

Artículo 1612. *El adoptado hereda como hijo, pero en la adopción simple no hay derecho de sucesión entre el adoptado y los parientes del adoptante.*

Artículo 1613. *Concurriendo padres*

adoptantes y descendientes del adoptado en forma simple, los primeros sólo tendrán derecho a alimentos.

4.5.1 Definición.

El Diccionario de la Lengua Española define al parentesco como: “vínculo, conexión, enlace por consanguinidad o afinidad.- Vínculo que tienen las cosas.”⁶⁷

En un lenguaje común, podemos decir que son parientes todas aquellas personas que formen parte de un núcleo familiar, asimismo, es común decir que una persona tiene un parentesco cercano o lejano, según la relación que existe entre ellos y por el grado en que se encuentren en el parentesco.

Sánchez Márquez nos dice al respecto que el parentesco es: “la relación jurídica que se da entre los ascendentes o progenitores y sus descendientes, entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro cónyuge, o entre los adoptantes y el adoptado, es lo que se denomina parentesco. Las personas físicas que se encuentran vinculadas con esa relación, son entre sí, parientes.”⁶⁸

⁶⁷ Diccionario de la Lengua Española, Quilici, Tomo VI, Op. Cit. p. 619

⁶⁸ SÁNCHEZ MARQUEZ, Ricardo, Derecho Civil, Parte General, Personas y Familia, Porrúa, México, 1998, p. 247

Por su parte el Maestro Galindo Garfias define el parentesco como: "el nexo que existe entre los descendientes de un progenitor, entre un cónyuge y los parientes del otro cónyuge, o entre adoptante y adoptado, concluyendo que los sujetos de esa relación son entre si parientes."⁶⁹

Así mismo, con apoyo de nuestro Código Civil, podemos concluir que nuestro sistema jurídico mexicano sólo reconoce tres tipos de parentesco que son: el parentesco por consanguinidad, por afinidad y civil.

4.5.2 Parentesco consanguíneo

Nuestro Código Civil nos dice que es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor.

Baqueiro Rojas nos define el parentesco consanguíneo diciendo que es aquél "que se establece entre personas que descienden de un mismo progenitor. Por ejemplo, los hermanos, pues el padre es el progenitor común, o los que descienden unos de otros; el padre respecto del hijo, el abuelo respecto del nieto. Los hermanos tienen el mismo padre o madre, y aquellos, así como tíos, sobrinos y primos, tienen un abuelo en común."⁷⁰

⁶⁹ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil Primer Curso, Parte General, Personas y Familia. 14ª edición. Porrúa, México, 1996.

⁷⁰ BAQUEIRO ROJAS, Edgard y otra. Op. Cit. p. 19

Por su parte, Chávez Ascecio nos dice que “la calidad de pariente consanguíneo existe, tanto en la familia que se origina por el matrimonio, como la que se origina por el concubinato o con la madre soltera. Este parentesco “es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor, es decir, son los vínculos que se originan entre ascendientes y descendientes (parientes consanguíneos en línea recta) y también los que se originan entre aquellos que, sin descender los unos de los otros, reconocen un antepasado común (parentesco consanguíneo en línea colateral)”⁷¹

Magallón Ibarra nos dice que “como el mismo vocablo lo entraña el parentesco de consanguinidad es el que se constituye por los lazos de sangre. En él la transmisión de la vida y consecuentemente de la sangre va a determinar una comunidad de vida. Esta es el resultado de la vinculación entre padres e hijos, como lo señala Planiol, ampliándose a los abuelos y nietos, y en otra perspectiva, entre hermanos y primos.”⁷²

De los anteriores conceptos podemos concluir que el parentesco por consanguinidad es el que se da entre las personas que reconocen tener un lazo de sangre ya sea entre ascendientes o descendientes en línea recta o colateral.

⁷¹ CHÁVEZ, ASLENCIO, Manuel F., La Familia en el Derecho (Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares), Porrúa, México, 1992.

⁷² MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, Op. Cit., p. 54

4.5.3 Parentesco por afinidad

Este parentesco es el segundo que reconoce nuestro Código Civil, y nos dice que es el que se contrae por el matrimonio entre el varón y los parientes de la mujer, y entre la mujer y los parientes del varón.

Magallón Ibarra nos dice que: “el llamado parentesco de afinidad es el que se establece en el matrimonio, entre el marido y los parientes de la mujer y entre ésta y los parientes de aquél. Es el mismo que en lenguaje común se llama parentesco político. Al referirse a esta especie, Marcel Planiol, explica que los afines no son parientes, sino miembros de la familia y su fuente exclusiva la constituye el matrimonio.”⁷³

Al respecto nos dice el Maestro Galindo Garfias: “desde el punto de vista lógico, podríamos concluir que siendo el matrimonio fuente del parentesco por afinidad, cuando aquél se disuelve debe desaparecer el nexo de parentesco por afinidad. Parece que en Roma así ocurría.”⁷⁴

Sin embargo así observamos que en el Código Civil no se expresa que este impedimento termine con la disolución del matrimonio, ya sea por divorcio, nulidad o incluso con la muerte

⁷³ Idem, p. 61

⁷⁴ GALINDO GARFIAS, Ignacio, Op. Cit., p. 449

de uno de los consortes.

Para concluir podemos decir que este tipo de parentesco al igual que el consanguíneo se presenta en línea recta y colateral. Esta puede ser en línea recta ascendiente que es la de un cónyuge con los padres del otro, en línea descendente es la relación de un cónyuge con los hijos del otro cónyuge que no sean también suyos, y en la colateral están los hermanos de los cónyuges. Además se pretende dejar bien claro que en este parentesco no se unen las familias del varón y de la mujer, este parentesco es sólo entre el marido y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del marido.

4.5.4 Parentesco civil

Este es el tercer y último tipo de parentesco que reconoce nuestra legislación vigente, también conocido como parentesco por adopción, y nuestro Código Civil nos dice que el parentesco civil es el que nace de la adopción simple y que existe entre adoptante y adoptado, ya que si la adopción es plena este parentesco se equipara al consanguíneo. Nuestro Código maneja tres tipos de adopción, la simple, la plena y la internacional.

Asimismo, Sánchez Márquez nos dice que: “El parentesco civil es el que se contrae por la adopción, creando así una relación entre adoptante y adoptado. En virtud del parentesco civil se crea un lazo artificial entre adoptante y adoptado semejante al existente

entre el padre o madre con su hijo, de tal modo que se van a dar una serie de consecuencias jurídicas similares a las que ya hemos enumerado en el parentesco consanguíneo: sucesiones, alimentos, impedimentos para contraer matrimonio, etcétera.”⁷⁵

Asimismo podemos concluir que la relación de parentesco civil sólo se da entre el adoptante y el adoptado, siempre que la adopción sea simple, sin embargo, si la adopción es plena o internacional, la relación del adoptante y el adoptado, así como con su familia del adoptante, se va a equiparar como si fuera un hijo consanguíneo, esto es, el adoptado tendrá en la familia del adoptante, los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo, esto también es para la adopción internacional, tomando en consideración que en este tipo de adopción todas son plenas.

4.6 La capacidad jurídica para testar

Para determinar la capacidad de testar, primeramente tenemos que conocer que es o que significa la palabra capacidad, por la que debemos entender: “aptitud para ser sujeto de derechos u obligaciones”. Aclarando además que hay capacidad de goce y capacidad de ejercicio, por la primera se entiende que: “es la aptitud que tiene el individuo para ser sujeto de derecho”. La segunda “es la aptitud del individuo para realizar actos jurídicos, ejercer derechos y contraer obligaciones”.

⁷⁵ SÁNCHEZ MARQUEZ, Ricardo, Op. Cit. p.271

La capacidad para testar o también conocida como testamentificación activa, se encuentra reconocida en nuestro Código Civil, el cual nos dice que “pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho. Asimismo puede ser definida como la posibilidad legal de hacer testamento reconocida legalmente.

De igual forma, nos dice Edgar Baqueiro Rojas que: “como todo acto jurídico, el testamento requiere que el testador sea un sujeto capaz. La capacidad para testar, es la regla general, y tienen capacidad para hacerlo todas aquellas personas a quienes la ley no se lo prohíbe expresamente.

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

1.- Se adquiere antes que la capacidad general para realizar actos jurídicos por sí mismo, ya que el menor de edad, pero mayor de 16 años tiene capacidad para hacer testamento, siempre que este no sea oígrafo.

2.- Los incapaces sujetos a interdicción por locura o demencia pueden otorgar testamento durante un intervalo lucido, a diferencia de los otros actos jurídicos que no pueden celebrar

personalmente sino sólo a través de sus representantes legales.

3.- Otros sujetos, no tipificados como incapaces, como los analfabetos, los invidentes y los sordomudos, o los que desconozcan el idioma castellano no están privados de la capacidad para testar, aunque deberán sujetarse a las formas que para tal efecto señala la ley.”⁷⁶

Podemos concluir diciendo que la capacidad para testar la tienen prácticamente todos los individuos con excepción de los menores que no hayan cumplido los 16 años de edad, ya sean hombres o mujeres y los dementes que habitualmente no disfrutan de su cabal juicio.

4.7 La capacidad legal para heredar

Ya que conocemos el significado de capacidad y las clases o tipos de capacidad que maneja nuestro Código Civil ya que lo hemos visto en el punto anterior del presente trabajo de investigación.

Podemos pasar a los conceptos que manejan algunos tratadista como el maestro Rafael De Pina que nos dice que “La

⁷⁶ BAQUEIRO Rojas Edgard y otra, Op. Cit. p. 279

capacidad para heredar es la idoneidad para adquirir la calidad de heredero.

La capacidad para suceder es, frente a la incapacidad, que constituye la excepción, la regla general.

Corresponde la capacidad para suceder (capacidad para heredar) de acuerdo con el Código Civil, a todos los habitantes del Distrito Federal, cualquiera que sea su edad, no pudiendo ser privados de ella de un modo absoluto; pero, en relación a ciertas personas y determinados bienes pueden perderla por las causas que señala expresamente.

“Tienen capacidad para suceder no sólo las personas físicas sino también las morales. Las capacidad de éstas tiene las limitaciones establecidas por la Constitución y por las leyes y reglamentos de los artículos constitucionales”.⁷⁷

Así mismo Edgardo Peniche López nos dice por su parte que: “En general, todos los individuos cualquiera que sea su edad, con tal que este concebido a la fecha de la muerte del autor de la herencia, tiene capacidad para heredar como una consecuencia natural de que todos tenemos capacidad jurídica, no pueden ser privados de esa facultad de un modo absoluto si no en relación a ciertas personas y determinados bienes, con respecto a los que carecen de esa capacidad jurídica, pero siempre y cuando estas

incapacidades se declaren en juicio, a petición de parte interesada. Esta capacidad de heredar debe tenerse al tiempo de la muerte del autor de la herencia, a un que después se pierda."⁷⁵

En base a lo anterior podemos concluir que la capacidad jurídica para heredar la tienen todas las personas sin límite por cuestión de edad ya que alguien que este concebido a la muerte del autor de la herencia tiene capacidad para heredar siendo excepción a la regla la persona que no tiene esta capacidad, siempre y cuando dicha incapacidad para heredar que maneja nuestro Código Civil sea declarada como tal en juicio.

4.8 El desgaste de las instancias judiciales en materia de sucesiones.

Siempre que nos situamos al inicio de una sucesión, encontramos problemática de que hemos venido hablando, ya que no nos consta fehacientemente si el autor de la sucesión otorgó testamento o bien si el que tenemos a la mano para iniciar la tramitación sucesoria es el vigente; en tal virtud, por más que se encuentre regulado el proceso sucesorio en nuestras leyes, opino que los sistemas que provee nuestra legislación como medios para determinar la vigencia de testamentos, a través de las funciones del Archivo General de Notarías y del Archivo Judicial, son buenos al constituir cuando menos un medio para poder determinar la

⁷⁵ DE PINA, Rafael, Op. Cit. p.269

⁷⁶ PENICHE LOPEZ, Edgardo, Op. Cit. p.179

vigencia de los actos de última voluntad, pero consideramos que al ser varios registros, esto es, dependiendo de la forma del testamento, hace más problemática y morosa en tiempo la tramitación de una sucesión que ya de por sí es bastante larga.

Por otro lado, no se cumple plenamente la ley suprema de la sucesión testamentaria, que es la voluntad del testador, ya que no todos los testamentos se registran y no se obtienen las constancias sobre su vigencia en todos los registros de los diferentes estados de la República, situación que sería muy difícil, pero sumamente necesaria, ya que las personas pueden otorgar testamentos fuera de su residencia habitual, lo que se da comúnmente cuando se trata de mantener en secreto el otorgamiento del mismo, situación en la que se prefiere otorgar en otra localidad. En otras ocasiones el cambio de residencia frecuente dificulta la búsqueda del testamento y se corre el riesgo de que el mismo no sea conocido al fallecer el testador, pues resultaría casi imposible acudir a todos los registros del país en demanda de datos sobre la existencia de un testamento, por lo tanto, la deficiencia que existe en México, es por la falta de un Registro Nacional, toda vez que al estar constituido en República Federal los registros de actos de última voluntad son locales, por lo que en caso de una sucesión, se tendría que pedir información a cada estado sobre la existencia de testamento, esto con el fin de poder tener plena seguridad jurídica. de ser nacional dicho registro, se simplificaría la información.

Cabe agregar a lo anterior el problema actual de la conurbación de las ciudades, en donde una persona puede caer en el supuesto de tener su último domicilio en un municipio conurbado del Distrito Federal, que para efectos de tramitar su sucesión sería competente un Juez de la entidad federativa de referencia, y haber otorgado su testamento ante un Notario de la Ciudad de México, caso en el cual, el Juez que conozca del juicio sucesorio no tendrá la obligación de pedir constancias de otorgamiento de testamento a la ciudad de México, en razón de su competencia territorial, produciéndose como consecuencia el desconocimiento del autor de la sucesión, con los efectos jurídicos que hemos referido anteriormente.

De lo anterior se desprende la necesidad de crear un registro nacional de testamentos en el derecho positivo mexicano, pudiendo con ello llenar un vacío jurídico legislativo que urge llenar.

4.9 Los programas de regularización territorial y sus riesgos jurídicos.

Gracias a la intervención notarial a lo largo de este siglo, las autoridades han descansado en la función de los notarios para llevar a cabo obras de carácter social; como un ejemplo de ello es que en los últimos años, a raíz de los sismos sufridos en el año de 1985, que causaron grandes destrozos a la

propiedad inmueble de los capitalinos, el Notario ha intensificado su participación en diversos programas tendientes a regularizar la tenencia de la tierra, dando siempre, con la certeza que brinda la seguridad jurídica y su preparación profesional. Una solución a problemas de esta índole venían arrastrándose desde varias generaciones atrás; así, programas como Tlatelolco, Programa Fase I, Programa Fase II, Renovación Habitacional Popular y los realizados por la Comisión Para la Regularización de la Tenencia de la Tierra y la Dirección General de Regularización Territorial entre otros, han servido para garantizar a la ciudadanía el derecho de propiedad, que tienen sobre sus bienes y la seguridad de que éstos podrán ser transmitidos a su fallecimiento con celeridad y eficacia a sus sucesores.

El Colegio de Notarios, decíamos, tiene celebrados acuerdos con el Gobierno Federal y con el del Distrito Federal, así como con diversas entidades financieras de fomento y constructoras para brindar facilidades administrativas, fiscales y sobre todo económicas en beneficio de la colectividad en materia inmobiliaria. En estos programas están obligados a participar todos los Notarios del distrito Federal, utilizando un sistema protocolar abierto, cuya reducción de formalismos permite atender en un solo día a una considerable cantidad de colonos beneficiarios. Todos los programas anteriores cuentan con el apoyo económico del Notario, ya que en la actualidad, su arancel y diversos convenios que se tienen con las autoridades reducen considerablemente los honorarios causados por el tiraje de las escrituras traslativas de

dominio, de constitución de régimen de condominio, poderes, lotificaciones y actas en general, tendientes a regularizar la tenencia inmobiliaria en la capital o a prestar en general cualquier servicio solicitado por las diversas autoridades.

A raíz de la necesidad que enfrentó el notario a partir del año de 1985, de realizar escrituras con bajos costos y en forma masiva, en 1986 se consideró inaplazable en la Ley del Notariado la aparición del Protocolo Abierto Especial el cual vino a romper con la tradición de más de ochenta y cinco años de contar con protocolos de carácter cerrado. El Protocolo Abierto Especial se constituye paulatinamente mediante la colección de folios sueltos, a diferencia del Protocolo Cerrado, que estaba siempre preempastado y cuyo peso y dimensiones dificultaba la tarea que el Notario y el Gobierno se había trazado. Posteriormente, ante el éxito experimentado en la utilización de dicho protocolo, el Gobierno Federal instauró el sistema abierto en los consulados de la República Mexicana en el extranjero, y a partir de 1994 se uniforma el sistema y todo protocolo utilizado por el Notario del Distrito Federal, se aglutina folio a folio, con un sistema jurídico que brinda seguridad en su utilización y permite al Notario abatir costos y tiempos e aras de atender en forma más ágil y eficaz a su comunidad cada vez más creciente y compleja.

Sin embargo. antes de resultar exitoso dicho protocolo, este tuvo que enfrentar grandes riesgos, originados la mayoría de las veces por ventas fraudulentas y sin escrúpulos que en su

momento defraudaron a un sin número de afectados y que a la fecha afortunadamente se han reducido de manera notable.

4.10 Las necesidades de difusión y fomento de la cultura jurídica en materia de testamentos

La influencia notarial, pese a que no ha podido acceder a las grandes masas receptoras, también participa activamente en diversas radiodifusoras, con las que se ha realizado una intensa labor, cooperando personalmente con un importante número de notarios, con el propósito de difundir las ventajas de la intervención notarial y los programas sociales actualmente vigentes, interviniendo en los diversos programas de vivienda cobrando cuotas muy inferiores a las establecidas en el arancel correspondiente.

La confianza que la sociedad y el Estado depositan en el Notario está soportada, por un lado, en una incorruptible actuación del Notario, que siempre deberá manejarse dentro de los cánones éticos tradicionales y de los principios inmutables de la moral y la buena fe. En este tenor, deberá confiar en su preparación y eficacia profesional, pues sólo así estará en condiciones de garantizar una seguridad jurídica capaz de equilibrar los intereses entre los contratantes y en la sociedad, porque al prevenir conflictos y al evitar controversias, el Notario está cumpliendo con su función.

Es precisamente esta imagen la que habrá de difundir y

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

fomentar una cultura jurídica en materia de testamentos. La crisis de valores que a nivel mundial padecemos, ha provocado sin duda desconfianza en las instituciones, pero no obstante ello, el Notario tendrá la obligación de mantener su imagen intacta y respetuosa de las instituciones y de las autoridades, con el objeto de conservar y ampliar tal confianza.

Por otro lado, resulta de suma importancia hacer llegar a cada uno de los individuos en posibilidad de testar, información jurídica gratuita impartida por personas o instituciones que deberán avocarse al estudio de cada caso que en particular se les presente a fin de proponer perspectivas de solución, debiendo utilizar un lenguaje que aunque jurídico, sea sumamente digerible por los receptores, esto es, los posibles testadores, lo que permitirá que se erradique la ignorancia jurídica en materia de testamentos, provocando confianza en el testador para llegar a plasmar su última voluntad.

Sin duda, las alternativas de solución al fomento de la cultura jurídica y, particularmente al uso del testamento, que podemos considerar de mayor apego a la realidad del país, creemos que constituye en retomar los intentos realizados por el Colegio de Notarios del Distrito Federal, así como el propio Gobierno de la Ciudad de México, a los que implementado algunas variantes, podemos mejorar sustancialmente los resultados hasta ahora logrados y su eficacia.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Es común ver, la difusión en los medios electrónicos, particularmente en la televisión, de programas especiales en donde los diversos partidos políticos dan a conocer el sentido de su ideología, sin embargo, a la fecha no hemos visto jamás un solo programa especial que tenga por objeto difundir una capacitación o algunos conocimientos jurídicos.

Por supuesto, los espacios a que nos referimos los han ganado los partidos políticos de nuestro país, con base a la cerrada contienda a que se enfrentan entre sí. El acceso a esos medios electrónicos, no es por virtud de un consentimiento de los propietarios de las televisoras, la imposición de dichos espacios están debidamente reglamentados a través del Código Federal de Procedimientos Electorales, en el que, siendo concesionarios del uso de una señal de televisión que pertenece en origen al Estado, éste les impone como condición a dicha concesión la obligación de transmitir dichas propuestas políticas.

En el caso del derecho, bien haría el propio Estado en imponer una obligación adicional a las televisoras y radiodifusoras, para que buscando fomentar entre la ciudadanía la tan escasa cultura jurídica, dedique un espacio diario para que profesionales del derecho, puedan acceder de manera directa a nuestra ciudadanía.

En este sentido resulta cuestionable y absurdo, que en nuestros días, lo más parecido a una cultura jurídica en televisión

son los llamados **reality shows** donde de manera tosca y burda se tratan temas y cuestiones de corte cotidiano, pero en esencia jurídicas, como el parentesco y sobre todo, temas relativos a las sucesiones; curiosamente, dichos programas en directa explotación del amarillismo y del morbo, llegan normalmente a captar grandes niveles de audiencia de diferentes estratos sociales de la población.

Por supuesto, el mencionar las bondades de dichos programas no implica que nuestra propuesta se dirija a crear programas de corte frívolo e irresponsable para difundir la cultura jurídica, aunque también es cierto que a pesar de dicha difusión, con un corte rígido y solemne, no creemos que sea la solución.

Cabe también destacar el que dentro de la literatura coloquial e informal que muchos de los ciudadanos consumen en nuestro país, encontramos sorprendentemente que algunas de éstas, tan criticadas publicaciones, contienen dentro de sus páginas, algunos espacios destinados a una asesoría jurídica. Algo que nos promueve a pensar en lo positivo e interesante que debería resultar el imponer a las editoriales de dichas publicaciones el deber de agregar dentro de sus obras un espacio obligatorio para difundir ese anhelado fomento jurídico.

Ahora bien, respecto de la asesoría que brinda el Colegio de Notarios y de la cual ya hicimos mención con anterioridad, esta difusión podría rendir mayores resultados, si esa labor pudiera ser llevada a las distintas colonias y Delegaciones de nuestra ciudad,

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

mediante el establecimiento de módulos de asesoría ambulantes, que podrían romper con el carácter **elitista** del Notario y pudieran, en su momento, provocar una cercanía más palpable con la sociedad.

Conjuntamente a ello, proponemos que los diversos programas implementados por el Gobierno del Distrito Federal en materia de reordenación territorial y de la regulación de la tenencia de la tierra, fueran completamente revisados y reestructurados de modo que resultaran más ágiles, pues tenemos que, la más de las ocasiones, dichos trámites llegan a tardar varios años, sin que el propietario pueda acceder físicamente a sus títulos de propiedad, lo que desde luego, desalienta completamente su uso.

Debemos de igual forma proponer el apoyo jurídico que podrían proporcionar los jóvenes estudiantes de derecho, que a manera de práctica o del llamado servicio social, todos los egresados de las universidades, ya sean públicas o privadas, deberían brindar de manera obligatoria. En este sentido, resultan incomprensibles los planes de estudio que establecen las escuelas profesionales, pues por una parte, a los médicos, por ejemplo, antes de alcanzar su titulación se les obliga a realizar prácticas profesionales ajenas al llamado servicio social, donde de manera gratuita prestan servicios a la comunidad. Pues bien, en el caso de los abogados no encontramos impedimento alguno para que también se presten de manera gratuita los servicios de asesoría e incluso de patrocinio.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

De igual manera, habría que replantear el pago de los derechos y las diversas cargas fiscales que contempla el Código Financiero, pues alguno de los pagos originados por el pago de derechos de inscripción, ahí establecidos, resultan sin duda excesivos y fuera del alcance de la mayoría de los ciudadanos promedio.

Todo ello habrá de reanudar, como ya dijimos, por un lado el uso masivo del testamento, y por otra parte, el que nuestros tribunales vean reducidos notablemente el número de juicios promovidos por la vía de sucesión, que por cierto, cada vez más, resultan insuficientes para esta inmensa ciudad.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CONCLUSIONES

PRIMERA. El testamento es considerado un acto jurídico fundamental de la sucesión voluntaria, en la que el testador establece las bases que deberán regular sus relaciones que son transferibles a sus herederos, convirtiéndose así en un verdadero legislador respecto de dichas relaciones.

SEGUNDA. La estructura de la familia de nuestro país adolece de una cultura jurídica que les permita proteger de alguna u otra manera sus bienes ante las eventualidades; desde luego, uno de los principales problemas que enfrenta nuestra sociedad es el alarmante grado de irregularidad en que se encuentra su patrimonio, muchas veces, producto de la falta de precaución y asesoría jurídica en materia de sucesiones.

TERCERA. En el desuso del testamento influye de manera primordial la asociación que normalmente se tiene entre la muerte y el testamento, así pues, pese a que el testamento presume una simple voluntad de su creador, el pensar en otorgar dicho documento, irremediablemente suele crear también una infundada disposición que invita a pensar en el preludio de una muerte cercana.

CUARTA. A fin de terminar con las cuestiones inherentes a la falta de cultura jurídica de la sociedad de nuestro país, sería de gran importancia y trascendencia que la Comisión de Radio,

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Televisión y Medios de Comunicación de la Cámara de Diputados de nuestro país, se preocupara por imponer a los medios de comunicación, principalmente a los electrónicos, la obligación de ofrecer un espacio ameno para la promoción de los conocimientos básicos del derecho.

QUINTA. Sería de gran apoyo para la erradicación de la falta de cultura jurídica, la transmisión de programas de televisión, radio, y por que no, también en revistas o periódicos, de temas que vayan encaminados a informar a la gente de la problemática jurídica que acarrea el no elaborar testamento respecto de los bienes que le pertenecen a un sujeto, pero tratado a su vez con una máscara de historia cotidiana a fin de que se despierte el interés de los individuos a quienes va encaminado, esto es, no se trata de cambiar la forma de vida, sino la forma de pensar.

SEXTA. Sería de gran ayuda también, que el Gobierno de la Ciudad de México, al igual que en otros casos en que ha intervenido en programas de procuración social, debería comprometerse con la ciudadanía a efecto de que dentro de sus instalaciones de la Procuraduría Social capacitara a personal jurídico que pudiera brindar un apoyo legal semejante al que ofrece el Colegio de Notarios en materia de testamentos.

SÉPTIMA.- Por lo que respecta a la asesoría jurídica que brinda el Colegio de Notarios, pudiera rendir mayores resultados si pudiera ser llevada a las distintas colonias y Delegaciones de nuestra ciudad, mediante el establecimiento de módulos de asesoría

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ambulantes, que podrían romper con el carácter elitista del Notario y pudieran, en su momento, provocar una cercanía más palpable con la sociedad.

OCTAVA.- Resulta por demás atractivo que las diversas universidades de nuestro país, por lo menos las que cuentan con una escuela superior o facultad de derecho, establecieran algunos módulos o instalaciones para la difusión de la cultura jurídica mediante conferencias o mesas de debate, donde no sólo los propios alumnos de dichas instituciones pudieran tener acceso, sino que el público en general se sintiera llamado a participar.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

BIBLIOGRAFÍA

- ARELLANO GARCIA, Carlos, Práctica Forense Civil y Familiar, 12ª edición, Editorial Porrúa, México, 1992.**
- ARCE Y CERVANTES, José, De las Sucesiones, 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 1992.**
- ASPRON PELAYO, Juan Manuel, Sucesiones, Editorial Mac Graw Hill, México, 1996.**
- AZUELA GUITRON, Mariano, Derecho, Sociedad y Estado, D.R. Universidad Iberoamericana, Departamento de Derecho, México, 1995**
- BAQUEIRO ROJAS, Edgard y Rosalía Buenostro Baez, Derecho de familia y Sucesiones, Editorial Harla, México, 1999.**
- COUTURE, J. Eduardo, Vocabulario Jurídico, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1991.**
- CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares, Editorial Porrúa, México, 1997.**
- DOMÍNGUEZ MARTINEZ, José Alfredo, Derecho Civil, 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 1994.**
- FASSI, Santiago C. Tratado de los Testamentos, Vol. I, Editorial Aatrea, Buenos Aires, 1970.**
- FERNÁNDEZ CHRISTLIEB, Fátima. Los Medios de Difusión Masiva en México, Juan Pablos Editor, Mexico 1993.**
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil, Primer Curso, Parte General. Personas y Familia, 14ª edición, Editorial Porrúa, Mexico, 1996.**

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

GEORGES, Ripert y Jean BOULANGER, Tratado de Derecho Civil, según el Tratado de Planiol, Tomo X, Volumen II, Ediciones La Ley, Buenos Aires, 1965.

IBARROLA, Antonio de, Cosas y Sucesiones, Editorial Porrúa, S.A., México, 1997.

MAGALLO IBARRA, Jorge Mario, Instituciones del Derecho Civil, Volumen V, Editorial Porrúa, México, 1988.

MONTERO DUHALT, Sara, Derecho de Familia, 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 1984.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel, Introducción al Estudio del Derecho, 3ª edición, Editorial Harla, México, 1995.

PETTIT, Eugene, Derecho Romano, 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 1985.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo IV, Introducción, Personas y Familia, 19ª edición, Editorial Porrúa, México, 1985.

SÁNCHEZ MARQUEZ, Ricardo, Derecho Civil, Parte General, Personas y Familia, Editorial Porrúa, México, 1998.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, Los Grandes Cambios en el derecho de Familia de México, Editorial Porrúa, México 1979.

OTRAS FUENTES

Diccionario Enciclopédico Quillet, Tomos III, IV, V, VI y VIII, Editorial Grollier, México, 1979.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

LEGISLACIÓN CONSULTADA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil para el Distrito Federal.

Código Federal de Procedimientos Electorales.

Ley del Notariado del Distrito Federal.

Código Financiero del Distrito Federal.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**