



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLÁN**



**ASPECTOS REFERENTES A LA NORMATIVIDAD DEL
TESTAMENTO PÚBLICO SIMPLIFICADO EN EL CÓDIGO
CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL**

T E S I S

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

P R E S E N T A

TANIA ARELI RODRÍGUEZ RUISEÑOR

ASESOR: LIC. SALVADOR SÁNCHEZ



OCTUBRE 2004.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

A MIS ABUELITOS
LAURA PAREDES RODRÍGUEZ (+) Y
EDMUNDO RUISEÑOR DE LA COLINA (+)
QUE VELARON POR QUE FUERA UN SER
HUMANO CON PRINCIPIOS, TENACIDAD Y
FUERZA PARA LOGRAR MIS METAS, Y
AUNQUE YA ESTEN CON DIOS, GRACIAS
POR INSTRUIRME QUE LA PAZ INTERIOR EN
QUE DESCANSA EL ALMA ES EL ÉXITO.

A MI COMPAÑERA DE LUCHAS
LIC. JESSICA PAOLA RODRÍGUEZ RUISEÑOR,
TODOS LOS GRANDES EXITOS SON LA BASE DE UN SUEÑO.

MADRE DIOS TE BENDIGA.

QUIERO AGRADECER DE MANERA
MUY ESPECIAL A MI AMIGO Y DIRECTOR DE TESIS
LIC. SALVADOR SÁNCHEZ MICHEL POR
COMPARTIR SUS CONOCIMIENTOS Y LA
CONFIANZA DEPOSITADA EN MI, YA QUE SIN EL NO
HUBIERA PODIDO SER POSIBLE LA REALIZACIÓN
DE LA PRESENTE TESIS, MI ETERNA GRATITUD.

AGRADEZCO AL LIC. HUMBERTO MORALES NAVA
POR LA COMPRESION INCONDICIONAL
Y LA FE QUE TUVO EN MI, YA QUE ME IMPULSO Y MOTIVO
PARA QUE LUCHARA POR MIS SUEÑOS DIA A DIA.

A MI GRAN AMIGO
LIC. VICENTE SUAZO SARMIENTO
QUE SIN TENER LA OBLIGACIÓN,
SU GENEROSIDAD LO HIZO CONTRIBUIR
CON SUS CONSEJOS EN CUANTO
AL FONDO Y A LA FORMA DE ESTE TRABAJO.

A MI AMIGO
LIC. LUIS ARTURO AGUILAR SOSA
POR COMPARTIR SU SABIDURÍA
Y SUS EXPERIENCIAS LABORALES.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MÉXICO POR HABERME PERMITIDO SER
ORGULLOSAMENTE PARTE DE ELLA.

A LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPUBLICA
Y AL S.N.T.P.G.R., POR HABERME FACILITADO LOS
MEDIOS PARA LA REALIZACIÓN DEL PRESENTE TRABAJO.

A LOS INTEGRANTES DEL HONORABLE SINODO
GRACIAS POR LA PACIENCIA EN LA REVISIÓN DE LA PRESETE TESIS.

LIC. MARIA MAGDALENA HERNÁNDEZ VALENCIA
LIC. SALVADOR SÁNCHEZ MICHEL
LIC. ALVARO MUÑOZ ARCOS
LIC. JOEL HECTOR VILLARREAL LUNA
LIC. EDGAR GARZON ZÚÑIGA

**ASPECTOS REFERENTES A LA NORMATIVIDAD DEL
TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO EN EL CÓDIGO CIVIL
VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL**

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I.- ANTECEDENTES DEL DERECHO SUCESORIO.

	Págs.
1.1.- ROMA.....	1
1.2.- ESPAÑA.....	6
1.3.- FRANCIA.....	10
1.4.- MEXICO.....	15
1.4.1.- CODIGO CIVIL DE 1870.....	19
1.4.2.- CODIGO CIVIL DE 1884.....	22
1.4.3.- CODIGO CIVIL DE 1928.....	27

CAPITULO II.- DERECHO SUCESORIO.

2.1.- SUCESIÓN.....	31
2.2.- SUCESION TESTAMENTARIA.....	38
2.3.- SUCESION LEGITIMA.....	41
2.4.- HERENCIA.....	45

2.5.- HEREDERO.....	48
2.6.- LEGADO.....	52
2.7.- LEGATARIO.....	58
2.8.- CAPACIDAD PARA HEREDAR.....	59
2.9.- ALBACEA.....	63
2.9.1.- CARACTERISTICAS.....	65
2.9.2.- TIPOS.....	66
2.9.3.- FUNCIONES.....	68

CAPITULO III.-CLASIFICACION DE LA FIGURA TESTAMENTARIA.

3.1.- CONCEPTO DE TESTAMENTO.....	72
3.1.1.- CARACTERISTICAS.....	84
3.1.2.- ACTO JURÍDICO.....	84
3.1.3.- UNILATERAL.....	86
3.1.4.- PERSONALISIMO.....	87
3.1.5.- REVOCABLE.....	88
3.1.6.- LIBRE.....	90
3.1.7.- SOLEMNE.....	91
3.2.- TESTAMENTO ORDINARIO.....	93
3.2.1.- PUBLICO ABIERTO.....	95
3.2.2.- PUBLICO CERRADO.....	98
3.2.3.- PUBLICO SIMPLIFICADO.....	102

3.2.4.- OLOGRAFO.....	104
3.3.- TESTAMENTO ESPECIAL.....	108
3.3.1.- PRIVADO.....	108
3.3.2.- MILITAR.....	111
3.3.3.- MARITIMO.....	112
3.3.4.- HECHO EN PAIS EXTRANJERO.....	115

**CAPITULO IV.- ASPECTOS DE LA NORMATIVIDAD DEL TESTAMENTO
PUBLICO SIMPLIFICADO.**

4.1.- ORIGEN.....	118
4.2.- ADICION AL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	119
4.3.- CONCEPTO.....	120
4.4.- CARACTERISTICAS.....	122
4.5.- BENEFICIOS.....	124
4.6.- COMPLICACIONES.....	127
4.7.- ANALISIS.....	131
4.8.- CRITICA.....	135
4.9.- PROPUESTAS	138
CONCLUSIONES.....	139
BIBLIOGRAFIA.....	142

INTRODUCCION

El presente estudio es el resultado de la inquietud personal que surgió al realizar mi quehacer cotidiano como pasante de derecho en la Notaria número 200 del Distrito Federal, en la cual me percate de la poca difusión y eficacia que tenía la aplicación del Testamento Público Simplificado, ya que al ser un acto por el cual en un mismo instrumento notarial se puede escriturar la adquisición de un inmueble y el otorgamiento de un testamento, éste no respondía a los requerimientos que la sociedad necesitaba y para el cual fue creado, ante esta situación, y para corroborar lo anteriormente manifestado, hemos desarrollado el análisis concerniente a dicho trabajo en cuatro capítulos.

En el Primer Capítulo se contempla la evolución que tuvo el derecho sucesorio en el Derecho Romano, en España, Francia y México, desde su génesis hasta el momento en que fue incluida en los Códigos Civiles de nuestro país, se hace mención a los primeros intentos realizados por proteger la voluntad de las personas que tenían el deseo de transmitir sus bienes a otras personas y en cada país enunciado, los requisitos que fueron incluyendo para regular el sistema hereditario, llegando a establecerse en nuestra legislación no sólo la transmisión de todos los bienes del de cujus, sino también sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte, asimismo, se habla del derecho que tiene el testador y de su voluntad al dejarlo protegido por un libre otorgamiento, personalísimo y revocable al realizar su testamento.

Por lo que respecta al Segundo Capítulo se hace un análisis amplio de la figura jurídica en estudio, en razón de tratarse de un acontecimiento de gran trascendencia en la vida de una persona que en un momento determinado dispone de sus bienes y derechos para que sean entregados a una o varias personas después de su muerte; se incluye también el concepto que se tiene de éste fenómeno jurídico, en

sus diversas formas, tales como la sucesión testamentaria o voluntaria y la legítima. Posteriormente se analiza el concepto de herencia, el cual tiene su importancia al establecer que el Código Civil para el Distrito Federal; manifiesta que, todos los bienes derechos y obligaciones del difunto no se extinguen con su muerte, lo cual provoca examinar todas y cada una de las figuras jurídicas que intervienen en ésta como son el heredero, legatario y sus características, para poder recibir la masa hereditaria; sin olvidarse en el presente trabajo de mencionar el papel substancial desempeñado por el albacea.

De la misma forma, en el Tercer Capítulo se hace mención al concepto que se tiene del testamento, entendiéndose como una declaración de la voluntad unilateral realizada por un particular con el propósito de que produzca efectos jurídicos después de su muerte, acto personal y libre al cual, le podrá hacer las modificaciones que considere adecuadas o pertinentes sin mediar coacción alguna siempre que se trate de una persona con capacidad de discernimiento y ante un fedatario público; en caso contrario se buscara la nulidad o la revocación; también se menciona la participación del notario público, quién asienta en su protocolo la voluntad del testador, asimismo, se hace una descripción detallada de las dos formas de testamento que contempla nuestra legislación, los ordinarios y los especiales, en el primero de los mencionados se pide autenticidad de la voluntad del testador y el secreto de la disposición en los testamentos; los especiales deben de reunir ciertas características como son en casos de apremio pero debe imperar circunstancias especiales para cada uno de ellos, siendo de eficacia restringida en cuanto al tiempo y cuando no pueda otorgar un testamento ordinario.

Finalmente en el Cuarto Capítulo se analiza el origen del tema en estudio a partir del decreto del expresidente Licenciado Carlos Salinas de Gortari de fecha 11 de noviembre de 1993, disposición que pretendió regular los casos de todas aquellas personas que quedaban intestadas y que no contaban con los recursos económicos para la tramitación de un juicio sucesorio; se hace mención a la adición realizada al Código Civil para el Distrito Federal; al concepto que se tuvo del Testamento Público

Simplificado, sus características que lo constituyen en sus tres supuestos; se señalan sus beneficios, tales como regularización en la tenencia de la tierra, seguridad y claridad jurídica en la posesión del suelo urbano; de igual forma, se contemplan las complicaciones ocasionadas por las reformas al Código Civil para el Distrito Federal, como la carencia de la institución del heredero, el valor máximo del inmueble, y la inexistencia de la figura del albacea, siendo el motivo del presente trabajo determinar que el Testamento Público Simplificado es inoperante, para lo cual se propone su derogación.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES DEL DERECHO SUCESORIO.

ANTECEDENTES DEL DERECHO SUCESORIO.

1.1.- ROMA

En el presente capítulo se tratará de explicar como a través del tiempo se ha ido desarrollando el derecho sucesorio, para esto es imprescindible el apoyo de la historia como ciencia auxiliar del Derecho; por este motivo nuestra investigación inicia en el Derecho Romano, en el cual, el Derecho Hereditario Romano, tuvo su fundamento en la Ley de las XII Tablas, se rectificó y completo posteriormente con el Derecho Pretorio así como con la legislación senatorial, posteriormente se unificó finalmente en el Derecho Imperial Justiniano; en Roma el significado de sucesión *“deriva del latín “successio” que significa acción de suceder; y suceder a su vez proviene de “sucedere” que quiere decir seguir una persona a otra”*¹; los romanos concibieron que la Posición de heredero se podía adquirir por dos medios: **post mortem**, de un acto realizado por un sujeto mientras vivía, tal acto producto de una manifestación de voluntad que recibió el nombre de testamento; y **ab intestato**, esta vía era procedente cuando no había testamento, pero el maestro Floris Margadant explica y da por separado estas dos alternativas, otro tipo de sucesión *“El derecho romano nos ofrecía tres tipos de sucesión. “La más débil” era la vía legítima; la vía testamentaria era la más fuerte que la legítima, ya que esta se retiraba inmediatamente cuando se presentaba un testamento; pero la más fuerte era la vía oficiosa, ya que esta corregía inclusive la reparación prevista por un testamento. La vía legítima y la testamentaria no podían aplicarse simultáneamente a una sola sucesión, según el*

¹ Lemus García, Raúl, Derecho Romano (Compendio), Quinta Edición, Editorial "LIMSA", México, D.F., 1979. Pág. 193.

sistema romano, salvo algunas excepciones."², asimismo, en el orden jurídico, sucesión implica la transmisión de bienes, derechos y obligaciones de un sujeto a otro, distinguiendo dos tipos de sucesión, a título universal, "*per universitatem*", cuando se transfiere un patrimonio íntegro o en partes alícuotas, y a título particular, "*in singula res*", cuando comprende bienes, derechos u obligaciones singularmente determinados.

Como se describía anteriormente el fundamento del derecho romano se dio con la Ley de las XII tablas la cual regulaba la sucesión *ab-intestato* que junto con el derecho pretoriano y el derecho imperial, tenía tres ordenamientos que norman esta sucesión legítima de herederos, según la preferencia en que eran llamados como son:

- a) *Heredes sui* o herederos de sí mismos, que eran los descendientes y demás personas que el difunto tenía bajo su potestad y que se volvían *sui iuris* a su muerte, entre ellos la herencia se repartía por igual sin distinción de sexos.
- b) "*Proximi agnati*, la palabra *agnatus* deriva de *ad* y *natus* que significa nacida en la misma *domus*",³ o agnados parientes civiles nacidos por la vía de varones y sometidos a la patria potestad del mismo *paterfamilias*. Estos heredan cuando el que muere intestado no deja *heredes sui*, hereda en tales circunstancias el *agnatus proximus*, que es el hermano o hermana en segundo grado, si no hay hermanos, heredan los que estén en el tercer grado y así sucesivamente.
- c) Los *Gentiles* eran llamados a falta de *sui heredes* y agnados, a recibir la herencia, que estos eran personas de la misma *gens*.

En la Ley de las XII Tablas se presupone la existencia del testamento comicial, que implica la autorización del *populus romanus*: al no conocerse la libertad

² Floris Margadant, S. Guillermo, Derecho Romano, Vigésima Sexta Edición, Editorial Esfinge. S.A. de C.V., México 2002. Pág. 249.

³ Lemus García, Raul, Op. Cit. Pág. 198.

de testar, al no poderse privar de la herencia al heredero nato por un simple acto privado, se necesita ante el pueblo de una *lex specialis*, que revista de fuerza ejecutiva la declaración. Sólo hasta mucho después de las XII Tablas aparece el testamento privado en forma *mancipatoria testamentum per aes et libram* en el cual se reconoce la libertad testamentaria, y se reconoce entonces la idea de la propiedad individualista.

La Ley de las XII Tablas consagra el derecho absoluto del ciudadano a disponer a voluntad de su patrimonio. Sin embargo, el abuso de ese derecho origina, en algunos casos, el total abandono de los parientes más cercanos. Para evitar esa desprotección, las leyes romanas limitaron la libre disposición a una porción de la herencia, la otra, correspondía a los herederos forzosos, descendientes y ascendientes y, en ocasiones, colateral.

Conforme al derecho Civil antiguo las formas más antiguas de testamentos en el derecho romano eran:

Testamentum calatis comitis: este se celebraba dos veces al año (el 24 de marzo y el 24 de mayo), tenía lugar ante el pueblo reunido en comicios curiados, debido a la publicidad de este testamento la posibilidad dual de realización y a la decadencia de esos comicios, el testamento *calatis comitis* cayó en desuso.

Testamentum in procinctu: este testamento se hacía ante el ejército antes de salir a batalla, cayó en desuso antes de fines de la República.

Testamentum per aes et libram original, que era el testamento hecho mediante la *mancipatio*. El testador enajenaba su patrimonio en beneficio del *familiae emptor*, quien desempeñaba el papel de comprador del patrimonio, con la obligación moral de transmitirlo a los herederos.

Testamentum per aes libram perfeccionado, este testamento tenía dos fases, la *mancipatio* tenía por objeto la venta de la herencia al *familiae emptor* quien era un mero

intermediario encargado de entregar la herencia al heredero designado en la *nuncupatio*; y la *nuncupatio* en esta el testador, en tablas de cera, asentaba su última voluntad y designaba al heredero.

Del mismo modo, la autora Sara Bialostosky, se refiere a esta misma forma de testamento, el cual tuvo un desarrollo singular, "*Quién sentía que la muerte se aproximaba y no había hecho testamento, acudía con un amigo a quien le vendía ficticiamente sus bienes, rogándole que dispusiera de ellos como él le dictaba. El adquirente (familiae emptor) adquiría los bienes en propiedad a través de la mancipatorio, de esta práctica se desarrollo el testamentum per aes et libram o mancipatorio, que se hacía ante los cinco testigos, el libripens y probablemente se escribía sobre tablas de madera cubiertas de cera. Si bien este testamento podía hacerse en cualquier oportunidad y por ser un acto bilateral, no podía ser revocable; sin embargo, se usó largo tiempo por los ciudadanos.*"⁴

Como se desprende de la lectura del texto mencionado, siempre existió la preocupación de parte del poseedor de los bienes, la transmisión de los mismos a la o las personas de su familia, o aquéllas que hayan estado con él antes de su muerte, llevándolo incluso a realizar actos ficticios para poder disponer de ellos y no dejarlos a la suerte o voluntad de terceras personas, que no tenían ningún vínculo con el testador, practica que se fue tratando de corregir, al establecerse la mancipatorio, la cual requería la asistencia de cinco personas para dar testimonio de la celebración de este acto personalísimo y a favor de la persona o personas elegidas por el testador, sin embargo, como punto negativo puede resaltarse el establecimiento de la irrevocabilidad del acto mencionado.

⁴ Bialostosky, Sara, Panorama de Derecho Romano, Segunda Edición, Imprenta Universitaria, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, 1935-1985, México D.F.1985. Pág. 221.

Testamento *bonorum possessio secundum tabulas*, llamado por los romanistas modernos como testamento pretorio, el cual, podía ser invalidado por el *ius civile* si los herederos legítimos reclamaban.

En el periodo grecorromano el *testamento aes et libram* por desuso o abolición había desaparecido, y así los emperadores Teodosio II y Valentiniano III en el año 439 introdujeron una nueva forma de testar, el testamento *tripertitum*, que deriva de tres fuentes y consta de tres partes; del derecho civil antiguo, del derecho pretorio y de las constituciones imperiales y el cual, se formulaba por escrito y se presentaba abierto o cerrado, ante siete testigos, el testador y los testigos inscribían al pie del mismo sus nombres indicando estos últimos, que ellos hacían esa inscripción, por último en el testamento se ponían los sellos de los siete testigos y sus nombres.

En el derecho posclásico encontramos también el testamento oral o *nuncupativo*, esta forma de testamento era verbal, el testador en presencia de cinco testigos antes de Justiniano, siete durante el gobierno del príncipe, declaraba cual era su última voluntad. Esta forma de testar apareció en el bajo imperio y era aplicada todavía durante el periodo de Justiniano, el Pretor otorgaba validez a este tipo de testamento cuando su autor lo confeccionaba hallándose en peligro de muerte; el testamento *apud acta* (judicial o municipal) y el testamento *principe oblatum* presentado ante el príncipe; la función que desempeñaba la autoridad o el emperador era igual a la que tenían los testigos en el derecho clásico.

En el derecho justiniano, además del testamento tripartita y de las dos formas de testamento público señaladas, se permite testar sin formalidad a personas que se encuentran en condiciones especiales; la doctrina ha dado en llamar a esos testamentos *extraordinari* y son los siguientes:

El testamento del ciego, el cual puede manifestar su voluntad ante siete testigos y un notario, o frente a ocho testigos.

El testamento celebrado en el campo, para el cual eran suficientes cinco testigos.

El testamento hecho en época de peste, que era válido aun cuando la presencia de los testigos no fuera simultánea.

El testamento del padre a favor de los hijos, que podía ser verbal, siempre que lo atestiguaran dos personas, o escrito, y en este caso sólo se requería que el testador de puño y letra escribiera el nombre de los herederos y la fecha.

El testamento a favor de la iglesia o de las *pia causa* que era válido cualquiera que fuera la forma en que se redactara.

1.2.- ESPAÑA

Cuando el imperio romano cae en manos de los germánicos se inicia una nueva estructura de la idea del derecho.

En España se fundieron las culturas de los arios-iberios, fenicios, helénicos, cartagineses, romanos y germánicos.

Los germanos estaban divididos en dos clases, los godos y los visigodos la segunda de estas ramas o razas fue la que conquistó a España.

Uno de los Códigos más trascendentales en España fue el de los reyes bárbaros que era el edicto de Teodorico el Brevarium de Alarico, en el cual se encuentra la influencia del derecho romano con la excepción de que para el testamento escrito no se necesitaban testigos y el testamento militar no existía; la Ley Alariciana

reguló siguiendo el modelo romano, varias formas de testamentarias, y entre ellas un testamento hecho de palabra ante testigos; luego apareció otro, otorgado por escrito, igualmente ante éstos, pero podía ser firmado sólo por el testador

El régimen jurídico del derecho Español en su estructuración estaba dividido en varios fueros y reinos.

Comenzando en el siglo VII D. C. con el Fuero Juzgo, el cual no se ocupó en especial en atender a los testamentos pero sí contiene ciertas disposiciones en relación a este; como por ejemplo dar la capacidad para testar a los que estén en sano juicio o tengan 14 años; pero se establece la excepción de los mayores de 10 años que encontrándose en enfermedad grave podían testar, con la condición que una vez pasada la enfermedad quedaría este invalidado; asimismo, ya se hablaba de varios tipos de testamentos que podían firmar los testigos en efecto del testador; también menciona que al testamento hecho por un peregrino o por quien estaba en batalla, se le eximia de ciertas formalidades otorgándole la facilidad de hacerlo ante simples siervos y oralmente, dándonos cuenta de la gran importancia de la creación de diferentes tipos de testamentos desde aquella época, decisiones que fueron trascendentes en el desarrollo de la figura jurídica en estudio, debido a que se consideró en su momento, desposeer de formalismos a dicho acto, y otorgándole al testador el derecho de manifestar su voluntad libremente con base a sus necesidades.

El Fuero Real surge y habla de las disposiciones que hay en relación de los testamentos, limitando la libre disposición del testador; el que no tenía parientes podía disponer libremente de sus bienes, pero el que si los tenía sólo podía disponer de la quinta parte de sus bienes; se conservó el testamento oral y se menciona a los escribanos, estos se obligaban a hacer a mano el testamento y si no lo hacían debían poner su sello ante testigos, el heredero no podía ser testigo; surgiendo y estableciendo la revocabilidad de los testamentos y prohibiéndose el ejercicio de la violencia en estos.

La Ley de las siete partidas aparecieron en el año de 1265, transcribiéndose en la sexta las disposiciones contenidas en las leyes romanas en todo lo relativo al testamento y sus formalidades, con la excepción de que el testamento Nuncupativo, que en Roma era oral, se le denominó Nuncupativo al testamento cerrado en las leyes de las siete partidas.

En el año de 1384 nacen Los Ordenamientos de Alcalá de Henares, este suprimió la necesidad de institución de heredero, simplificó las formalidades, y admitió, como formas testamentarias ordinarias, el testamento otorgado ante escribano público, el cual se debía hacer ante tres testigos, los cuales tenían que ser vecinos del lugar donde se otorgaba el testamento, y ante cinco vecinos sin escribano público; una pragmática sanción de Felipe II permitió que se pudiera otorgar testamento también ante siete testigos.

En Las Leyes de Toro en el año de 1505, se amplió la facultad de testar, otorgándole a los hijos mayores de 14 años; la ley cuarta concedía a los condenados a sufrir penas por la comisión de delitos; y hacer testamentos por medio de apoderados.

Posteriormente surge en el año de 1804, La Novísima Recopilación en la cual se incluyen algunas Leyes de Toro, como la que se refiere a la capacidad para testar, el número de testigos y cualidades de los mismos. Se adoptó la medida de exigir que se exhibiera al Juez la disposición testamentaria en un plazo de seis meses a partir de la muerte del testador; se regula el testamento militar, los cuales podían testar cuando estuvieran en campaña, este era otorgado ante dos testigos, pero el testamento carecía de valor si el militar sobrevivía a las circunstancias especiales de su otorgamiento y cuando estos no estuvieran en campaña podían testar como cualquier otra persona.

Así, se puede observar como la legislación española, estaba dividida en virtud de los diversos reinos en que antiguamente se componía este país, llegando a denotar la idea de que el testamento en España era basada principalmente en la

declaración de voluntad de una persona para la disposición de sus bienes, adicionando requisitos, tales como la imposibilidad de disponer de todos sus bienes cuando tenía familiares, de igual forma, se estableció la colaboración de testigos, variando su número de acuerdo a las circunstancias que rodeaban al testador, también se incluyó la posibilidad de otorgarle este derecho a los condenados por la comisión de delitos, acto que debería de realizarse a través de apoderados, asimismo, se contempló incluir un plazo de seis meses la exigencia ante el juez, la voluntad testamentaria tratándose de militares, única y exclusivamente en épocas de guerra.

El Código de Napoleón y el Italiano de 1865, fueron los que inspiraron en buena parte la legislación Española, y por ello sirven en ocasiones para aclarar el significado de los preceptos oscuros y contradictorios que expresa éste Código.

El Código Civil Español derogado precisaba al testamento "como un acto revocable por el que alguno, según las reglas establecidas por la ley, dispone para el tiempo en que habrá dejado de vivir, de todos los bienes o de parte de ellos, a favor de una o más personas"; pero en el nuevo Código español se encuentra una nueva definición: el testamento es un acto revocable por el que alguno dispone, para el tiempo en que habrá dejado de vivir, de todos sus propios bienes o parte de ellos, mostrándonos en ambas definiciones la revocabilidad, la disposición para el tiempo de la muerte y la referencia a bienes propios prescindiendo de la solemnidad.

Por otra parte el Derecho Español existe la limitación a testar, que se denomina legítima, que es una porción de bienes que por reserva la ley a cierta clase de herederos que se denominan forzosos, el testador no puede disponer de ella a favor de otras personas. Como puede observarse, es una fuerte limitación de la libertad de disponer al testador.

En la actualidad el abogado español Antonio Cicu, muestra como en el Código Civil Español se admite las siguientes clases de sucesiones por causa de muerte:

- "a) Sucesión testamentaria; puede ser ésta libre (cuando no hay herederos forzosos, art. 763,1º) y limitada (cuando los hay, art. 763, 2º).*
- b) Sucesión legítima, cuando no hay testamento válido (art. 912).*
- c) Sucesión mixta, cuando, habiendo testamento, no se disponen en él de todos los bienes (art. 658,3º, y 912)."*⁵

1.3.- FRANCIA

Debido a la necesidad de crear cambios sociales en Francia y tras la caída y deterioro de los sistemas sociopolíticos y jurídicos que dominaron en los siglos XIX y XX, se necesitaba un cauce dinámico y cambiante del derecho, encontrándose una respuesta favorable en esa época a grandes cambios sociales y consecuentemente jurídicos, similar en muchos aspectos históricos a la que precediera hace más de dos siglos a las reformas sociales derivadas de la Revolución Francesa que gracias a ésta se borrarón las desigualdades en el derecho sucesoral, pero el derecho francés daba una teoría que, decía que el Estado era dueño de todas las propiedades: el derecho de testar no era un derecho natural, sino una creación de Ley, y si los parientes tenían derechos sucesorios, era tan sólo en cuanto que el Estado cedía y abandonaba esos derechos; dando paso a una trascendencia histórica y jurídica que culminó y fructificó entre otros aspectos, con la promulgación y difusión del Código Francés producto del Enciclopedismo, conocido como "Código de Napoleón" el cual, fue decretado el 5 de marzo de 1803 y promulgado el 15 del mismo mes y año, teniendo este en su libro tercero el tema que nos ocupa, de los diferentes modos de

⁵ Cicu, Antonio, El Testamento, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid España1959. Pág. 4.

adquirir el dominio, encontrándonos con las disposiciones de las herencias y de los testamentos.

Y en referencia a los antecedentes de los testamentos el Código Francés o Código de Napoleón, nos define en su artículo 895:

*“El testamento es un acto por el cual dispone el testador, para el tiempo en que ya no exista, del todo ó parte de sus bienes, y que puede revocar.”*⁶

Tomando en cuenta de que para poder testar era menester estar en sano juicio, es decir, se debía tener la capacidad para hacerlo, así como para disponer de sus bienes por testamento ya sea bajo el título de institución de herederos o legatarios, o bajo otra denominación para manifestar su voluntad, poniendo como medida el no poder hacer testamento por dos o más personas en una misma acta, a favor de un tercero o con el título de disposición recíproca y mutua.

En Francia y en el Código Civil del mismo país, existían diversas formas de testamentos, como el testamento ológrafo que no era válido si no estaba escrito, fechado y firmado de la mano del testador, el testamento hecho por instrumento público que era el que se recibía por dos escribanos en presencia de dos testigos, o por un escribano en presencia de cuatro testigos, si bien este testamento se recibía por dos escribanos, debía ser dictado por el testador, y tenía que ser escrito por uno de los escribanos tal cual se lo dictase, o el testamento en forma místico o secreto, el testador estaba obligado a firmar su disposición, escrito por él mismo, o lo haya hecho escrito por otro, y el papel que contenga esta disposición se cerraría y se le pondría su sello, presentándolo ante el escribano y seis testigos y declarando el contenido del mismo.

El Código Francés o Código de Napoleón aceptaba las herencias por muerte natural y por muerte civil; ya que trataba en su artículo 893 que, *“Nadie podrá*

⁶ Código de Napoleón, Edición Facsimilar con variaciones adoptadas por el cuerpo legislativo el día 3 de septiembre de 1807, impresa en Madrid MDCCCIX en la imprenta de la hija de Ibarra. Pág. 163.

*disponer de sus bienes a título gratuito sino por donación entre vivos o por testamento en el modo que aquí se establecerá*⁷, dando la Ley prioridad al orden de suceder a los herederos legítimos, y en su defecto pasan los bienes a los hijos naturales, después al cónyuge supérstite, y si no los hay pasa al Estado; los herederos legítimos se consideraban apoderados ipso iure de los bienes, derechos y acciones del difunto, bajo la obligación de cumplir todas las cargas de la herencia; para que se pudiera heredar era menester existir necesariamente en el instante en que se verificara la herencia, no podía heredar el que aún no era concebido, la criatura que no nació en estado de vivir, el que murió civilmente, y tampoco se admitía a un extranjero a heredar los bienes que su pariente, sea extranjero o francés, poseía en territorio del imperio, así también eran indignos de heredar y como tales excluidos de la herencia, el que fuese condenado por haber dado ó intentado dar muerte al difunto, el que produjo contra el difunto una acusación de pena capital que se haya declarado calumniosa entre otras.

En el Código Napoleónico al analizarlo se estableció la conclusión de la libertad de testar por medio de la reserva reconociendo la institución de la legítima, o sea el derecho a recibir una determinada parte de los bienes de la herencia, ya sea por el cónyuge o por algunos parientes cercanos y por lo tanto, limitando el derecho de testar, precisamente en cuanto es necesario respetar esa reserva, como se llama en el derecho Francés, o sea que el testador no puede disponer por testamento de esos bienes, así por ejemplo se determina como a continuación se menciona: debe determinarse primero en cuanto a la familia legítima, después en cuanto a la familia adoptiva, y por último en cuanto a la familia natural; dando un principio absoluto de las reglas simples, en cuanto a que sólo tienen derecho a una reserva los herederos en línea directa, por consiguiente los descendientes o los ascendientes del difunto, y se rehúsa toda reserva, invariablemente, a los colaterales, aún a los privilegiados, así como también al cónyuge, todo descendiente, desde el momento que viene a la sucesión, tiene derecho a una reserva, siendo heredero, es al mismo tiempo heredero reservatario y sin limitación de grado, el nieto y el bisnieto lo mismo que el descendiente que ocupa el primer grado, en cuanto al monto de la reserva de estos

⁷ Código de Napoleón, Op. Cit. Pág. 163.

descendientes, estableciéndose de la siguiente manera: el reconocimiento de éste derecho, el cual fue denominado reserva, lo tenían los familiares en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, excluyéndose incluso, a todos aquellos familiares en línea colateral, aún a los privilegiados, como pueden ser el caso de los hermanos; también quedó fuera de estas reglas la cónyuge. Lo que quedo debidamente determinado es que todo descendiente desde el momento que es llamado a participar en la sucesión, tiene derecho a la reserva, en su calidad de heredero es designado al mismo tiempo como heredero reservatorio sin limitación de grado, como el hijo, nieto, bisnieto, en cuanto al monto de la reserva de estos familiares, el Código Civil Napoleónico lo fijaba indirectamente al establecer un monto al que llamaba disponible, éste monto variaba de acuerdo con el número de hijos designados en la sucesión, tratándose de descendiente único, no existía problema alguno para su calculo, sin embargo, si había dos hijos el disponible para cada uno de ellos era un tercio, si existían tres hijos o más el disponible es de un cuarto, lo que se consideraba como el mínimo a repartir entre los herederos, lo cual no podía ser disminuido; los otros tres cuartos de la suma total de la masa hereditaria, lo constituía la denominada reserva global, que se repartía por igual entre los hijos, diferenciándose de la mencionada en segundo término, en que la reserva individual se reduce más, cuando más numerosos sean los designados a participar en su calidad de herederos. Si son tres, tienen cada uno la reserva de un cuarto, si se trata de seis, su parte individual reservada desciende a un octavo, si son doce, disminuía un dieciseisavo de la sucesión. Tenía que tenerse en cuenta exactamente el número de hijos para lograr determinar el recuento de la reserva.

En Francia, si bien el principio de la apertura de la herencia es igual de que la transmisión se opera inmediatamente, se dividen los herederos en categorías, uno de ellos tiene la SAISINE, los herederos legítimos; en cambio los llamados herederos irregulares tienen que solicitar un envío en posesión. SAISINE es una vieja palabra francesa de origen Germánico, viene del alemán antiguo, SAZJAN que es colocar o establecer, esta palabra dió a conocer la posesión que gozaban ipso iure de los bienes del difunto los herederos legítimos desde el instante mismo de la muerte del

autor. En todos los tiempos los parientes de un difunto han tenido el derecho de tomar posesión de los bienes sin ninguna formalidad; desde luego el Derecho los tutelaba, tiempo atrás se expresó ese fenómeno por la máxima *le mort saisit le vif*, que se encuentra desde los textos del siglo XIII, en la cual el muerto establece, pone en posesión, hace poseedor al vivo y sobre coge al vivo, el heredero debe ser puesto en posesión de los bienes del difunto con exclusión de cualquier otro detentador. Originalmente este principio era puramente de Derecho Civil, y sin embargo, llegó a utilizarse en contra de las pretensiones de los feudales. El heredero entra en inmediata posesión de los bienes, sin necesidad de llenar formalidad alguna, puede desde luego ponerse a administrar y a percibir frutos.

La máxima *le mort saisit le vif* quedó así incorporada al artículo 724 Código de Napoleón: *Les héritiers légitimes sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt*. Ya el artículo 318 de la Costumbre de Paris, Francia, decía al respecto: *Le mort saisit le vif, son hoir le plus proche habile a lui succéder*, la posesión de los bienes, derechos y acciones del difunto pasa *ipso iure* al heredero legítimo con la obligación de hacer frente a todos los gravámenes hereditarios. Siempre se entendió en Francia que no sólo la posesión se transmite, sino también la propiedad y la titularidad de los derechos sucesorios. En el derecho francés la aceptación se requiere para confirmar la adquisición hecha en el momento de la muerte. La máxima en cuestión la es en el Derecho Romano.

Lo que viene a preponderar, resaltar y denotar, en este momento histórico la importancia que se le otorgaba a la última voluntad de la persona que fallecía, sin disminuir la trascendencia que tenía la persona receptora de dichos bienes, en razón de que quedaba obligado a responder de todas aquellas imposiciones tributarias u obligaciones contraídas por el de cujus con terceras personas, antes del deceso.

En Francia se presentan en la actualidad tres caminos al heredero:

- a) aceptar pura y simplemente la herencia;

b) aceptarla a beneficio de inventario; y

c) a repudiarla.

Actualmente en Francia como se puede apreciar la sucesión del de cujus es menos complicada como antes lo era en el derecho hereditario que enmarcaba del Código Napoleónico ya que éste resaltaba un derecho reservatorio para poder heredar, complicando éste derecho a una repartición limitativa entre los herederos; ahora bien en el presente, el derecho hereditario Francés presenta tres opciones para que el heredero pueda investir esta figura jurídica, al dejarle la decisión de aceptar pura y simplemente la herencia, ya sea a beneficio de inventario o repudiarla, cosa que hace mas fácil el derecho a heredar sin ningún tipo de limitación ya que el mismo heredero puede negarse a aceptar la herencia o a repudiarla, sin tener que hacer forzosamente una complicada repartición como en el pasado derecho hereditario Francés con su reserva sucesoria.

1.4.- MÉXICO

Como el tema en estudio se encuentra comprendido en el Derecho Civil, es necesario mencionar de manera general su génesis en nuestro país, así como la forma en que el tema en estudio fue incluido en esta rama del Derecho.

La Historia del Derecho Civil en el periodo Colonial, hacia finales del siglo XV, varios derechos sobresalían en la península Ibérica: el natural, el canónico, el castellano, el feudal y el de las ciudades romanas, en el periodo colonial, cuando las Indias se incorporaron a la Corona de Castilla, el derecho de la metrópolis fue la base sobre la cual se desarrollo el derecho americano.

Consumada la Conquista del México antiguo, los españoles se dieron cuenta de la imperiosa necesidad de contar con un cuerpo de normas jurídicas propias, que regularan la conducta de sus habitantes, aplicando a falta de ellas, la legislación vigente en España, pero ella no satisfacía las enormes exigencias de un pueblo que transitaba de una civilización a otra, y por las características propias como se dio la misma, era imperioso moderar los abusos cometidos por los conquistadores, quienes sedientos de ambición y riqueza, habían reducido a los individuos del pueblo mesoamericano a una verdadera esclavitud, ante esta situación, a instancia de varones ilustres y con sentimientos más humanitarios hacia los indígenas, propusieron a los Reyes de la nación Española diversas leyes, las que posteriormente fueron agrupadas en un solo cuerpo, que llevo el nombre de Recopilación de Indias, dictadas en el año de 1680.

En el momento en que se consumo la conquista, la Ley de la Recopilación de Indias, ordenó que todo lo que no estuviese previsto por las Leyes de Indias, se hiciere por las de España, *“que estaban formadas por la Legislación Española, por los siguientes cuerpos de leyes que enumeramos por su orden de promulgación:*

Fuero Juzgo:

Fuero Viejo y de Castilla:

Fuero Real:

Especulo:

Leyes de los adelantados Mayores:

Las siete Partidas:

Leyes de Estilo:

Ordenamiento de las Tafurerías:

Ordenamiento de Alcalá:

Ordenanzas Reales de Castilla:

Ordenamiento Real:

Leyes de Toro.

Posteriormente a la conquista fueron, a contar desde el año de 1567: Nueva Recopilación, Novísima Recopilación y Autos acordados de Beleña.” ⁸

Gracias a las promulgadas leyes antes descritas, en nuestro derecho se dejó de tener severas injusticias ya que la base sobre la cual se desarrolló nuestra legislación fue sustentada de las mismas, las cuales incluyen un derecho sucesorio con normas hereditarias las cuales mas adelante se describen.

De esta exposición se infiere que al proclamarse y consumarse la independencia de México, se hallaban vigentes las Leyes del Fuero Real, las Siete Partidas, la Recopilación, la cual fue refundida en la Novísima Recopilación, y la Recopilación de Indias, legislación que necesariamente debió seguir rigiendo, porque la nación estaba preparada para sustituirla por otra adecuada a la nueva forma de gobierno y a las instituciones políticas bajo las cuales debió ser regida.

“En cuanto el derecho sucesorio, aparecen en Indias peculiaridades especiales, de gran interés doctrinario, a partir de 1536, se concedieron encomiendas por más de una vida, lo cual obligo a los juristas a instrumentar un sistema que abarca una nueva realidad: las normas hereditarias del viejo derecho castellano no podían

⁸ Mateos Alarcón, Manuel, La Evolución del Derecho Civil Mexicano, desde la independencia hasta nuestros días, Academia Central Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, México 1911. Págs. 3 y 4.

aplicarse en caso de las encomiendas de indios. Una real provisión del año 1536, tajo solución a los problemas, estableciendo algunos principios:

- 1) que la concesión de una segunda vida en el disfrute de las encomiendas no alteraba la naturaleza jurídica de las mismas; la encomienda seguía siendo una merced real, indivisible e inalienable; el orden de la sucesión quedaba estrictamente fijado por la ley, no pudiendo el encomendero disponer mortis causa;*

- 2) el segundo disfrute de las encomiendas sólo se permitía cuando el primer encomendero fuese casado, a favor de su primogénito y, a falta de éste de su mujer.”⁹*

Otro numeroso grupo de leyes estuvo destinado a asegurar la normal remisión a España de los bienes de difuntos en Indias, cuyos herederos estuviesen radicando en la metrópoli.

Según la Legislación de las Partidas, los herederos eran de tres clases, forzosos, necesarios y voluntarios; y se llamaban forzosos a los que no podían dejar de ser instituidos sino por justa causa, bastante para la desheredación, ni en porción menor de las que les correspondían conforme a la Ley. Tales herederos eran los descendientes y ascendientes legítimos del testador.

Los descendientes debían ser instituidos herederos en todos los bienes del testador, menos una quinta parte de que este podía disponer libremente a favor de quien mejor le pareciera; y si no había descendientes, debían ser instituidos forzosamente los ascendientes en los tercios de los bienes del testador.

⁹ Sánchez Cordero, Jorge, La evolución del derecho civil desde la independencia hasta el Código Civil de 1884, inclusive, Obra Jurídica mexicana, Procuraduría General de la República, México 1985. Pág.14.

En consecuencia, según el sistema de la legislación de las Partidas, el testador estaba forzosamente obligado a instituir a sus descendientes legítimos los cuatro quintos de sus bienes, y a sus ascendientes, también legítimos, en los dos tercios; y con violación de las leyes instituía sus herederos a otras personas existiendo alguno de ellos, o les asignaba una porción menor, el testamento era nulo y los preteridos ó desheredados en todo o en parte estaban asistidos de la acción de inoficioso testamento.

Por lo anteriormente manifestado la manera de instituir la voluntad del testador, con el fin de constreñirlo a dejar un quinto de la masa hereditaria a la persona de su preferencia, puede considerarse adecuado, debido a que los herederos legítimos como se citan, descendientes y ascendientes, tenían todo el derecho de recibir los cuatro quintos restantes, considerándose que la idea del legislador, era la de proteger a la familia del sucesor, y en caso contrario, es decir, cuando no los tomara en cuenta al momento de la sucesión, se estipulaba el derecho de parte de la legislación a quiénes quedaban desamparados, el poder ejercitar la acción de inoficioso testamento, para reclamar lo que la ley les autorizaba.

La legislación Española también permitió la libre testamentificación, pero las Leyes de Partida, que siguieron el sistema adoptado por Justiniano, establecieron la legítima forzosa, que amplió a los cuatro quintos de los bienes del testador, lo que debe entenderse como una ampliación a lo normado en la Ley de Partida en su inicio, a darles mayor seguridad a sus ascendientes y descendientes para disfrutar de mayor cantidad de los bienes heredados.

1.4.1.- CODIGO CIVIL DE 1870

Una vez que terminan las diversas luchas por el poder, y la intervención de Francia, nuestro país logra tener un tiempo de paz, en el que las instituciones se empiezan a consolidar; en el año de 1810, se había abolido la esclavitud, y cuando la

Constitución dictada por las Cortes Españolas en 1812, la abolió también, se estableció la igualdad civil de todos los ciudadanos, principio repetido por la Constitución promulgada en Octubre de 1814, por el primer Congreso Mexicano, y en este orden de cosas se exigía un remedio inmediato para la formación de un Código Civil nombrando a una comisión que tomó como base el Proyecto de Don Justo Sierra, quién a su vez se inspiró en el proyecto del jurisconsulto español don Florencio García Goyena con fuertes firmezas en el Código de Napoleón, para la realización de éste, misma que hasta 1870 promulgó el Código Civil para el Distrito Federal y territorios Federales el cual entró en vigor el primero de marzo de 1871, este Código se integró con 4126 artículos y trajo como consecuencia la unificación en materia civil en todo el territorio de la República Mexicana, pues con variantes ligeras de cada entidad federativa, sirvió de modelo a todas ellas para elaborar sus propios Códigos Civiles. Cabe mencionar que este Código de 1870, tiene gran influencia sobre el del Código Francés o Código de Napoleón.

Ahora bien, es importante señalar que en este Código Civil, en materia de sucesiones, la comisión expresa claramente, cuál fue la línea de su pensamiento en la regulación del sistema hereditario, el principio de la comisión era dar parte en la herencia a todos los individuos que forman la familia, teniendo en consideración no sólo los sentimientos naturales del hombre, sino sus deberes, la cualidad del hombre, sus deberes sociales, la cualidad de los vínculos domésticos, la edad de las personas, el respeto debido al matrimonio y el interés público.

Por lo que se puede apreciar el legislador estimó haber realizado graves e importantes innovaciones, apartándose de las reglas que hasta entonces habían regido en nuestra rama del Derecho Civil, entre ellas, se destaca, la modificación de la complicada teoría antigua de los comurientes, basada en presunciones arbitrarias, sentando en cambio la presunción *juris tantum* de que todos han muerto al mismo tiempo y que no existe, en ese caso, transmisión de derecho; la supresión del testamento ológrafo, tendiente a combatir falsificaciones que fuesen a la vez fuente de procesos interminables; el principio de que la herencia se entiende aceptada a

beneficio de inventario, aunque no se exprese; la existencia del beneficio de separación entre los patrimonios del autor de la herencia y del heredero.

Debatido el problema por la comisión antes mencionada, acerca de la libertad de testar o del mandamiento de la legítima, se inclinó el legislador por esta última solución, considerando que es más natural, más justo y más conveniente. En la sucesión *ab intestato* se extiende el derecho de los colaterales hasta el octavo grado, y en la testamentaria, como cambio digno de descartarse se encuentra la prohibición de la sustitución fideicomisaria, enmarcada dentro de los principios favorables a la libertad de disposición en la materia de bienes, de ésta manera el Código Civil de 1870 muestra la importancia de que, la manifestación de la voluntad en el testamento fuera de una manera real y tuviese la trascendencia que requiere este tipo de actos.

El Código Civil de 1870, definía al testamento en su Artículo 3374, diciendo *“El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos se llama testamento.”*¹⁰

En nuestro derecho el Código Civil de 1870, emplea la palabra de sucesión legítima que es la porción de bienes destinados por la ley a los herederos en línea recta, ascendientes o descendientes, que consiste en las cuatro quintas partes de los bienes, si el testador sólo deja descendientes legítimos ó legitimados, que por razón se llaman forzosos, palabra que, a nuestro juicio son todavía un resabio de la Legislación Romana; pero que en realidad no tienen el efecto que existía en el derecho romano a través de la querrela de testamento inoficioso de nulificar el testamento, sino solamente reducir las disposiciones testamentarias en la parte necesaria para que se cubran las cantidades asignadas por la ley a esos herederos llamados forzosos y en el resto se cumplan las disposiciones testamentarias, el Código mencionado explica que en la legítima el testador no puede privar a sus herederos de ésta, sino en los casos

¹⁰ Uribe, Luis F., Sucesiones en el derecho mexicano, Primera Edición, Editorial Jus, s.a., México 1962. Pág. 162.

expresamente designados por la ley, la legitima también, no admite gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie.

El derecho hereditario, con respecto a los hijos, experimento una apertura de conceptos digna de glorificación, ya que, al decir de la comisión, era indispensable introducir importantes innovaciones en nuestro derecho; la cuestión principal es la relativa a los hijos legítimos, que por las leyes españolas estaban condenados a sufrir la pena de una situación de la que eran víctimas, en consecuencia, el sistema del Código, los hijos legítimos, los naturales y los espurios tienen derecho hereditario, debiendo percibir el total de la herencia si no hay individuos más que de una clase, o una parte alícuota si concurren varias clases; como podemos observar la designación de esas partes fue escrupulosamente calculada con el objeto de que en todo caso fueran preferidos los hijos legítimos.

De lo anterior se puede añadir que el Código Civil del Imperio Mexicano y el Código Civil Portugués de 1867, puede afirmarse que tal vez alrededor de las tres cuartas partes del Código Civil de 1870, están representadas por el Código Civil del Imperio, del que sólo fueron publicados sus dos primeros Libros, aportando gran e importante conocimiento a nuestra legislación, para poder regirnos con leyes justas y equitativas en materia de sucesiones.

1.4.2.- CODIGO CIVIL DE 1884

El Código Civil de 1884 es casi una reproducción al Código Civil de 1870, no existe una diferencia esencial sino modificaciones de mera forma, con ciertas reformas introducidas por una comisión de la que fue Secretario Miguel S. Macedo; en marzo de 1883, la Comisión presento un proyecto de reformas, el cual, por su notoria trascendencia, fue sometido a varios estudios, terminada la segunda revisión, el

ministro de justicia, Licenciado Joaquín Baranda, remitió a la Cámara de Diputados el proyecto de Código Civil, el 2 de mayo de 1883, con el carácter de iniciativa del ejecutivo; una vez en la Cámara de Diputados, el proyecto se encomendó a la primera Comisión de Justicia, emitiendo como resultado de la misma un dictamen que se presentó al 20 de noviembre de 1883, a la Cámara de Diputados, en cual se solicitaba la aprobación del proyecto, respondió aprobatoriamente y previas algunas conferencias, quedó acordado el texto del Código Reformado, que fue promulgado el 31 de marzo de 1884, y que entró en vigor el primero de julio de 1884.

A lo que se debe comentar, que el nuevo Código Civil reformado del año 1884, al no tener modificaciones esenciales que cambiaran de manera drástica o de fondo, es imprescindible recalcar la importancia que reviste éste Código para la historia hereditaria ya que con las reformas realizadas al mismo se dilucida, la importancia que el legislador le provee en cuanto a la forma de testar, la cual se explicará en los siguientes párrafos.

El marco ideológico de este Código, en el cual se desenvuelve la reforma principalmente se basa en tres directrices que son:

- 1.- Liberalismo económico,
- 2.- Individualismo político, y
- 3.- Federalismo constitucional.

En todo este contexto se aprecia que se sigue la estructuración de la nueva norma, y se descubre como con el desarrollo de la sociedad, se va dando la posibilidad de más libertades para el ser humano, e individualismo político mejor dicho, se le van reconociendo sus libertades, para que este pueda desarrollarse totalmente, conjuntando importantes criterios para un perfeccionamiento legislativo, que resguarde una seguridad jurídica para todos aquellos que se rijan por la ley.

En estas condiciones tenemos como el Código Civil de 1884, en cuanto a su forma menciona en su libro cuarto, o de las sucesiones, las innovaciones mas notables, que establecen varios elementos que otorgan la posibilidad de testar como por ejemplo: en éste Código, en su artículo 3237, no hubo cambio alguno y repite exactamente las mismas palabras que el Código Civil de 1870, en relación a la definición de testamento. *"El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos se llama testamento."*¹¹, así como también se refiere éste Código Civil, a que el testamento es un acto personal que no puede desempeñarse por procurador; como además no puede dejarse el arbitro de un tercero la subsistencia del nombramiento de heredero o legatarios, ni la designación de las cantidades que a ellos le corresponda, cuando sean sustituidos nominalmente, igualmente se puede ver que tras arduas discusiones legislativas, se aceptó éste Código, mostrando el sistema de libre testamentifacción. La libertad del testador para disponer de sus bienes se reconoció plenamente, pero a la vez, se trato de salvaguardar los derechos de los deudores alimentarios del de cujus. Si en el testamento el autor había olvidado sus obligaciones alimentarias, los acreedores podían solicitar la declaración de testamento inoficioso, si ello ocurría se tomaban bienes de la masa hereditaria suficientes para cubrir las deudas alimentarias a cargo del testador. La sucesión legítima también se regulo en éste Código Civil de 1884, para aplicarse cuando el autor de la sucesión no había otorgado testamento o este fuera declarado nulo.

Todo este contexto del Código Civil de 1884, marca la pauta directa de una libertad de testar y de la posibilidad de establecer una herencia o una sucesión respecto de todos los bienes del difunto, con los derechos y obligaciones que de alguna manera no se van a extinguir con la muerte.

Ahora bien el testamento como fuente de obligaciones, puede ser completamente repudiada la herencia y no existirá la causalidad necesaria para que el heredero, responda a las cargas de la herencia, demostrando así como, para éste

¹¹ Uribe, Luis F. Op. Cit. Pág. 162.

Código la libertad de testar era un punto culminante, que la legislación quería reforzar, más que nada.

De lo anteriormente narrado se comprende como el testador era libre para establecer las condiciones que este quisiera y para disponer de sus bienes.

Este tipo de condiciones tendría que ser cumplidas necesariamente por aquellos que quisieran disponer de la herencia, claro esta, si la condición era imposible al otorgamiento del testamento, entonces se tendrían por no puestas.

El Código Civil de 1884 era muy claro al establecer las únicas condiciones que el legislador requería para que una persona tuviera la capacidad para testar como, el perfecto conocimiento del acto a realizar, y la perfecta libertad al ejecutarlo, esto es, exenta de toda intimidación y de toda influencia moral; con esto se puede apreciar que en aquellos tiempos también se podía recurrir a un tipo de coacción hacia el testador.

Esta misma legislación, consideraba incapaces para testar al varón menor de 14 años y a la mujer menor de 12 años, así como también a aquellas personas que habitual o accidentalmente se encontraban en un estado de enajenación mental, mientras durara tal impedimento; fuera de esos casos se podía establecer esta manifestación con toda la libertad posible.

De lo anterior se observa como notoriamente el Código Civil de 1884, alude que toda persona tiene derecho de disponer de sus bienes por testamento, a título de herencia o legado, y este derecho no esta limitado sino por la obligación de dejar alimentos a los descendientes, al cónyuge supérstite y a los ascendientes; a los descendientes varones menores de 25 años, a los descendientes que están impedidos de trabajar y a las mujeres que no hayan contraído matrimonio y vivan honestamente, una y otras aún cuando fueran mayores de 25 años; al cónyuge supérstite, siempre que siendo varón éste impedido a trabajar o que siendo mujer, permanezca viuda y viva honestamente.

El Código Civil de 1884, ya siguió más claramente el sistema del actual testamento inoficioso del Derecho contemporáneo, entendiéndose como tal, aquel en el que no respetan las pensiones alimenticias a las personas a quienes la ley les otorga este derecho a título mortis causa y el efecto de la inoficiosidad consiste tan sólo en que con cargo a la masa hereditaria se paguen esas pensiones, pero el testamento no es nulo, sino que surte todos sus efectos respetándose todas las disposiciones testamentarias con la excepción ya dicha de que se cubran tales pensiones.

Con estas nuevas reformas que se implementaron el 31 de marzo de 1884 al Código Civil, se suprimió el sistema de la legítima forzosa y adoptó el de la libre testamentación que dan una mejor idea que cualquier explicación del los alcances del sistema hereditario como son: Toda Persona tiene derecho de disponer libremente de sus bienes por testamento, a título de herencia o legado; así como también este derecho no está limitado, sino por la obligación de dejar alimentos a los descendientes, al cónyuge supérstite y a los ascendientes.

Hay que hacer distinguir varias cosas respecto a la situación testamentaria del Código Civil de 1884, en primer lugar, se le da fuerza y vigor a la posibilidad de una libertad de testar a entrelazar, situaciones bastante concretas, por las cuales esa voluntad póstuma, tendría que encontrarse con ciertas limitaciones y reglas, a través de las cuales, pudiese manifestarse dicha voluntad de una manera legal y suficiente; y en segundo lugar, se previene que en el caso de que el de cujus no haya otorgado testamento o éste haya sido declarado nulo se aplique la sucesión legítima, observándose con esto una certidumbre jurídica de que la masa hereditaria fuese destinada a las personas susceptibles a heredar.

1.4.3.- CODIGO CIVIL DE 1928

El desarrollo del Derecho Civil mexicano es fruto de la evolución del pueblo, que se manifestó en el pensamiento social y político que se dio a conocer, desde tiempos lejanos junto con sus legislaciones, comenzando a referirnos al Código Civil de 1928, que evidentemente estaba influido por las ideas del Código Civil de 1870, como se sabe salvo algunas modificaciones, como principalmente la libertad de testar, y fue reproducido casi literal al que se promulgo en el año de 1884, siendo esto así, en otros términos la mayor parte de los artículos del Código Civil de 1928, que se promulgó el 30 de agosto de 1928, que entro en vigor el primero de octubre de 1932, el cual pretendió la Comisión que lo elaboró fuera un Código privado social, entendiendo por tal un cuerpo de leyes que subordine los derechos individuales a los derechos sociales, sobre todo en los tres conceptos fundamentales de libertad, propiedad y responsabilidad; así éste Código pretendió tener un criterio predominante individualista. Son numerosos los preceptos contenidos en este Código que aún ésta vigente con sus reformas, en los cuales se concretaron las tendencias filosóficos-jurídicas en que se basa dicho ordenamiento.

Al establecer que los Códigos Civiles de 1870 y 1884, fueron los precursores para que el código Civil de 1928 fuera el vigente y, si se considera que la mayoría de los artículos de dichas leyes proviene del Código Civil de los dos primeros antes mencionados y que algunos de los clasificados como nuevos reconocen el mismo origen resulta que el Código anterior subsiste en el actual en mas de dos terceras partes de éste, es entonces que se puede discurrir la importancia que Código Civil de 1928, le brindo al sistema sucesorio en especial al testamento, ya que al analizar la definición que brindaban al testamento los Códigos Civiles de 1870 y 1884 hay cierta discrepancia en su definición al de 1928 como se vera mas adelante en su concepción.

El maestro Ignacio Galindo Garfias, comenta en relación a éste Código que *“El Código Civil de 1928 para el Distrito federal en materia común y para toda la República en materia federal representa un esfuerzo –aunque no enteramente realizado– por incorporar al derecho civil aquellas ideas sociales con el fin de armonizar el interés de la colectividad y el de los particulares y lograr así establecer la organización de la sociedad sobre los principios de la solidaridad y el interés individual subordinado al interés del grupo social.”*¹²

Del tema de estudio se puntualiza, que el Código Civil de 1928, introdujo importantes innovaciones en el Derecho Mexicano, éste explica acerca de la forma de suceder, de cómo el mismo menciona que la herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos, sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte; que la herencia se defiende por la voluntad del testador o por disposición de la Ley; la primera de esta sucesión se llama testamentaria, y la segunda legítima.

La actual Legislación, en su libro tercero tiene la misma terminología que los anteriores Códigos; en el Título Segundo De las Sucesión por testamento Capitulo I de los Testamentos en general, traduce un concepto parecido al de los anteriores Códigos.

Y la definición que se le hace al testamento en este Código de 1928, versa como a continuación se describe: artículo 1295 *“Testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte.”*¹³

La definición del testamento que los Códigos Civiles de 1870 y 1884 puntualizan es la siguiente: El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos se llama testamento.

¹² Galindo Garfias, Ignacio, El Derecho Civil en México, a partir de 1910 y el Código Civil de 1928 para el Distrito federal, Obra Jurídica Mexicana, Procuraduría General de la República, México 1985. Pág. 3.

¹³ Batiza, Rodolfo, Las Fuentes del Código Civil de 1928, Editorial Porrúa, S.A., México, 1979. Pág. 682.

Haciendo una comparación a las definiciones que hacen los Códigos de 1870 y 1884, si hay una gran diferencia entre estos, ya que el Código de 1928 promueve, la revocación del testamento, la libertad para testar, la capacidad del testador, este a su vez declara o cumple deberes para después de su muerte, asimismo en este acto no podían testar más de dos personas o en provecho recíproco, o a favor de un tercero, ya que esto se podía prestar a una coacción hacia el testador; como se puede apreciar éste artículo es más completo, y rebasa las expectativas de los anteriores Códigos, ya que se preocupa más por los derechos del testador y de su voluntad al dejarlo protegido por una revocación si este decide cambiar su voluntad, o si decide dejar algún derecho o bien, así como una obligación a sus herederos, con esto se puede ver como el legislador fue estudiando las carencias de esta definición para poder llegar a una conclusión más completa de la voluntad, para que el testador estuviera más seguro al momento de testar.

*"El Código Civil del Distrito Federal de 1928 establece, como es sabido siete especies de testamentos, tres de la clase ordinaria y cuatro especiales. Los ordinarios son el testamento público abierto, el público cerrado y el ológrafo y los especiales, el privado, el militar, el marítimo y redactado en país extranjero. La diferencia respecto al Código Civil del Distrito Federal de 84 radica únicamente en el testamento ológrafo, o sea el redactado de puño y letra del testador, que aquél Código no aceptaba."*¹⁴

Con la estructura que se le dio a las diversas clases de testamento y al referirse a los testamentos ordinarios y especiales, es de gran importancia resaltar que al incluir un nuevo testamento escrito de puño y letra del testador en el Código Civil de 1928, se le dio a la sociedad una nueva y trascendental oportunidad de otorgar su última voluntad, al tenerlo que realizar él mismo, ya que si el testador no podía realizarlo por medio de un notario y no entraba en los supuestos para formalizar un

¹⁴ Aguilar Gutiérrez, Antonio, Panorama de la Legislación Civil de México, Imprenta Universitaria, México 1960. Pág. 69.

testamento especial, éste tiene otra opción para poder plasmar su última voluntad redactando y escribiendo su testamento directamente.

Para la incapacidad de testar el Código se refiere a los menores que no han cumplido dieciséis años de edad, ya sean hombres o mujeres; los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio; y menciona el testamento válido por una persona de mente en un intervalo de lucidez, con tal de que este siempre este acompañado de su tutor y en defecto de éste, la familia de aquél, que presentará por escrito una solicitud al Juez que corresponda.

CAPITULO SEGUNDO

DERECHO SUCESORIO.

DERECHO SUCESORIO

2.1.- SUCESION

La parte del Derecho Civil que se ocupa de la sucesión por causa de muerte se suele denominar derecho de sucesiones, pero se trata sólo de una denominación por excelencia, por que el fenómeno de sucesión es más amplio, no aparece circunscrito a la muerte.

El derecho sucesorio, como parte del derecho o legislación civil, ésta contenido, en su mayor volumen, en el Código Civil, que regula la transmisión de los bienes por causa de muerte, así también éste derecho de sucesiones abarca el conjunto de relaciones jurídicas que regulan la sucesión, no en todas sus formas y variedades, sino tan sólo en el concepto técnico de sucesión *mortis causa*.

El derecho sucesorio halla su fundamento racional en la necesidad de que la muerte no rompa las relaciones de quien cesa de existir, ya que la interrupción de tales repercutirán perjudicialmente en la economía general.

Asimismo, el existir jurídicamente es siempre coexistir, por eso la desaparición de la pura existencia, o sea la muerte, crea un problema de coexistencia y de subsistencia. La muerte es un desaparecer desde el punto de vista de la existencia física, pero jurídicamente, la causa profunda y remota de que desaparecida la persona se sigan produciendo efectos jurídicos, es la inserción de la persona en la sociedad.

La muerte crea un vacío en el orden físico, más no se da tal vacío en el orden jurídico y sociológico, la muerte trasciende jurídicamente, y el problema ante el que nos encontramos es precisamente, esa trascendencia.

“El vocablo sucesión proviene del latín sucesio onis, que significa entrada o continuación de una persona o cosa en lugar de otra”¹⁵

Por derecho sucesorio se entiende, en efecto el conjunto de normas jurídicas que, dentro del Derecho Privado, regulan el destino del patrimonio de una persona, la sucesión es por causa de muerte cuando la transmisión viene determinada por el fallecimiento de un persona que ha de tratarse exclusivamente de las personas naturales, las personas jurídicas, en tantos aspectos equiparados a las físicas, no cuentan con un estatuto sucesorio. En la actualidad el Derecho Sucesorio, permanece limitado a la esfera patrimonial.

El autor Rafael de Pina proporciona su concepto general de sucesión: *“Existen dos conceptos de sucesión, uno amplio y otro restringido. En sentido amplio y dentro siempre de la esfera de lo jurídico, por sucesión se entiende cualquier cambio meramente subjetivo de una relación de derecho, y en sentido limitado se define como la subrogación de una persona en los bienes y derechos transmisibles dejados a su muerte por otra.”¹⁶*

Así como también, podemos explicar la sucesión en el lenguaje común, como, la serie de momentos que inherentemente se presentan, uno tras otro, hasta producir su culminación. Se habla también de un suceso como de un acontecimiento que se produce en el mundo externo y se utiliza de muchas maneras al referirse a los sucesores, como a aquellos que han continuado una labor; de ahí que el sucesor viene a ser la persona que se encarga de reemplazar al titular de un patrimonio, que a razón

¹⁵ Instituto de Investigaciones Jurídicas, Enciclopedia Jurídica Mexicana, Arbitraje, Bienes y Sucesiones, Administrativo, Tomo VII, Universidad Nacional Autónoma de México, Primera Edición, Editorial Porrúa, México 2002. Pág. 481.

¹⁶ De Pina, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Séptima Edición, Editorial Porrúa, México 1977. Pág. 254.

de su fallecimiento se ha producido la extinción de su capacidad, y por lo tanto, ha adquirido la responsabilidad de convertirse en titular del patrimonio de aquél, sea sólo para disfrutarlo o para ejercitar los derechos personales que tenía a su favor y o cumplir las obligaciones que quedaron pendientes al sobrevenir el fallecimiento.

Para el civilista José Arce y Cervantes la definición del tema en estudio la describe como: *"Sucesión significa acción de suceder y, en sentido jurídico, sustitución en la titularidad en los derechos y relaciones que admiten sustitución, o sea, cambio de sujeto e identidad en la relación de derecho."*¹⁷

El contenido de la sucesión lo integran todas las relaciones jurídicas susceptibles de transmitirse *mortis causa*, o lo que es lo mismo, todas aquellas relaciones respecto de las cuales, fallecido el titular, es posible la sustitución del sujeto; el contenido de la sucesión, esta formado por las relaciones que no se extinguen, y las relaciones que no se extinguen son aquellas en las que se sucede.

Para que se genere al sucesión se requiere la coexistencia de ciertos elementos, como son: que haya un conjunto de bienes y relaciones que pertenecían a una persona física, transmisibles por causa de muerte, como son, cosas, derechos y obligaciones, y que tengan un valor económico apreciable; que la persona física, o sea el autor de la sucesión que encabeza ese conjunto, por su muerte, haya dejado de ser persona; que haya otra persona, o varias, que reemplaza a la fallecida en la titularidad del patrimonio acéfalo, ya sea el causahabiente, el sucesor o el heredero; que el sucesor o heredero esté llamado a suceder al causante o sea que haya vocación hereditaria, porque, para que exista la sucesión no basta que donde estaba uno se coloque otro, sino que es necesario que la causa por la que el segundo entra a reemplazarlo se deba a que el primero haya fallecido y jurídicamente le corresponda reemplazarlo.

¹⁷ Arce y Cervantes, José, De las Sucesiones, Sexta Edición, Editorial Porrúa, México 2001. Pág. 1.

Se puede decir, por consiguiente, que la sucesión *mortis causa* es una especie de sucesión, en la que está comprendida, además de ésta la sucesión *inter vivos*, que podemos llamar general, de más amplio ámbito que el que tiene la que se produce en caso de muerte del titular de un patrimonio económico.

Para poder comprender más este tema se explicará detalladamente cual es la importancia de las dos figuras esenciales para suceder, comenzando con la persona causante de la sucesión, que a éste aún en la actualidad, se le identifica como el *de cuius*, que entraña una abreviación de la frase latina *is de cuius successione agitur*, o sea: aquel de cuya sucesión se trata, y que solo se da ésta por la muerte de una persona física o sea de un ser humano, la extinción de las personas morales no da origen a una sucesión *mortis causa*, la pérdida de la personalidad de la persona física no se da ahora más que en caso de su muerte, la llamada muerte civil, la muerte extingue los derechos de la personalidad, los derechos de estado, impide que lleguen a nacer negocios jurídicos faltos de la aceptación del fallecido, es un elemento indispensable para que se abra la sucesión y empiece a surtir efectos el testamento; y en consecuencia se abre la sucesión en el momento, día y hora, de la muerte, o ya sea también por la denuncia o inicio del trámite sucesorio esto es irrelevante para determinar el momento de la apertura, por semejanza con la muerte, hay otro hecho que origina la apertura de la sucesión y es la presunción de muerte de un ausente, pero naturalmente que si el ausente apareciera recobrará sus bienes y la posesión que se hubiera dado a sus presuntos herederos se perderá por éstos, la apertura de la sucesión pone en manifiesto el vacío que dejó el difunto.

La segunda figura es la persona del sucesor, ya que éste va a sustituir al fallecido en la titularidad de su patrimonio y a sub-entrar en esa relación al momento de la muerte del causante de la sucesión, es necesario que sea un ser jurídicamente viviente con personalidad reconocida por el derecho, y que como tal exista en el momento de esa muerte, y sea capaz de ocupar el puesto que dejó vacante el difunto.

En cuanto al modo de suceder el profesor Luis Araujo Valdivia expone que *"nuestro Código sólo admite tres: a).-Por derecho propio; b).- Por transmisión y c).- Por representación."*¹⁸

Con esta enseñanza se puede entender, que por derecho propio, se refiere al que constituye la regla general y se produce a través del testamento o de la sucesión legítima; por transmisión, se comprende, que es el que se establece, que si el heredero fallece sin aceptar o repudiar la herencia, el derecho de hacerlo se transmite a sus sucesores, quienes podrán aceptarla o repudiarla; de ésta manera el heredero segundo del de cujus adquiere la herencia del primero porque el derecho de heredar entro al patrimonio del segundo desde que murió aquél y entre los derechos adquiridos en la herencia del segundo está el de aceptar o repudiar la herencia del primero; y por derecho de representación, se establece a favor de los descendientes del padre que murió antes que el abuelo, el derecho de suceder por estirpes a éste en lugar de aquél.

La sucesión *mortis causa*, tiene ciertas características como son:

1. *"Ofrecerse como consecuencia subordinada a un hecho físico extraño a la voluntad.*
2. *A través de ella, no se afronta sólo un problema de cambio en la titularidad, sino también el de la desaparición de la personalidad jurídica del transmitete.*
3. *Mientras en la sucesión Inter vivos, una vez efectuada la transmisión, subsiste una serie de derechos y obligaciones entre ambos sujetos, no ocurre lo mismo aquí, debido a la eliminación del transmitente."*¹⁹

¹⁸ Araujo Valdivia, Luis, Derecho de las Cosas y Sucesiones, Tercera Edición, Editorial Cajica, México 1992. Pág.430.

¹⁹ Hernández Gil, Antonio, Derechos Reales, Derecho de Sucesiones, Tomo IV, Editorial Espasa Calpe, Madrid España, 1989. Pág. 461.

La sucesión encierra dos ideas esenciales, sustitución y continuidad; la sustitución, en la titularidad de las relaciones jurídicas que subsisten o se mantienen a favor de otras personas ofrece dos modalidades que son:

- a) Adquisición derivada traslativa: una o varias personas ocupan la posición jurídica en que anteriormente se encontraba el transmitente, es decir, se mantiene la identidad objetiva de la relación; el mismo derecho, el mismo deber, o mejor aún, el conjunto de derechos y deberes, se transfiere al sucesor, como lo es la sucesión a título de heredero.

- b) Adquisición derivada constitutiva: no es indispensable la completa identidad, basta con la dependencia, o sea, que el derecho adquirido derive del que correspondía al transmitente, como por ejemplo, la constitución de un derecho por usufructo.

Dentro de la misma significación de sucesión, se aprovecha igualmente el vocablo heredero o legatario, para identificar al sucesor. Existiendo dentro de la sucesión dos preceptos: a título universal, que es la concepción de la herencia que tiene como presupuesto histórico-dogmático la doctrina de la *universitas*, es decir, el entendimiento de lo transmitido como un todo o un conjunto unitario, distinto de los elementos que lo integran, que actúa en el proceso sucesorio como tal todo y se desplaza hacia otro u otros titulares en virtud de un solo acto, es decir, es la presencia de la idea de patrimonio como totalidad o como cuota; y a título particular, que es la contra figura de la sucesión a título universal, tiene lugar cuando se transmiten singulares elementos patrimoniales, un bien determinado, un derecho, un crédito, por lo tanto, es la transmisión de algún elemento patrimonial determinado en su concreta individualidad, ésta puede ser traslativa, cuando se transmite el mismo derecho en su singularidad; o constitutiva, cuando se atribuyen separadamente a favor de distintos destinatarios derechos derivados del que correspondiera al causante.

Sucesión, en términos generales, hay siempre que se produce un cambio en la titularidad de una relación jurídica que subsiste, no es correcto, por tanto,

identificar la sucesión con las que se tiene lugar por causa de muerte, esta es sólo una variedad, aunque, sin duda, la más importante.

La sucesión se rige por la Ley, ya que ésta es la que establece el estatuto sucesorio, es decir, el conjunto de normas fundamentales que gobiernan la sucesión por causa de muerte; ahora bien, la ley actúa de tres modos distintos, que dan lugar a tres clases de sucesión, o mejor aún a tres modos de admitirse que son:

- a) En colaboración con la voluntad; así ocurre, sobre todo, cuando la sucesión se rige por testamento, éste es el negocio jurídico *mortis causa* por excelencia, no es del todo exacto contraponer testamento de ley, ciertamente que la ley dota al testamento de la posibilidad de constituir un estatuto sucesorio, con lo que confiere un gran poder a la voluntad del causante, sin embargo, ni aún en este caso puede decirse que la ley deje de actuar; de un lado, porque de ella arranca, en definitiva, la eficacia o virtualidad jurídica del testamento y de otro, porque esa virtualidad jurídica aparece subordinada al cumplimiento de unos requisitos esenciales, concurrentes a la sustancia y la forma, que son establecidos y exigidos de una manera imperativa, de tal suerte que sólo la voluntad enmarcada en ellos, puede tener el valor de disposición testamentaria.
- b) En beneficio de la voluntad, tiene lugar entonces la sucesión intestada, aquí, la ley actúa de manera supletoria, estableciendo o concretando un régimen sucesorio que, en todo o en parte, no emana de la voluntad testamentaria.
- c) Superponiéndose la voluntad, es llamada sucesión legítima en sentido estricto o forzosa, aquí la ley no se limita a colaborar o suplir, sino que, de modo directo, impone un régimen sucesorio en beneficio de determinadas personas (los herederos forzosos o legitimarios), restringiendo las facultades de disposición del causante.

La sucesión por causa de muerte plantea problemas acerca de su justificación y alcance muy ligados al de la propiedad, si es su gran aliada en el orden a la hegemonía del poder individual, ha de serlo también a los efectos de su revisión crítica, es evidente que la sucesión *mortis causa* asegura la continuidad de las estructuras sociales, un proceso de revisión de estas estructuras tiene que alcanzar necesariamente al movimiento sucesorio del patrimonio; actualmente las limitaciones y afirmaciones sociales se han proyectado más sobre la propiedad y el uso de los bienes que sobre su disponibilidad *mortis causa*, el poder de la voluntad encuentra hoy su manifestación mas cumplida en el testamento antes que en el contrato.

En cuanto a la sucesión testamentaria como en la sucesión legítima se puede entender, que en las dos se extingue por la muerte, la personalidad del autor de la herencia, pero al transmitirse su patrimonio a título universal o particular, a herederos y legatarios, evidentemente se considera al de *cujus* como sujeto del derecho hereditario.

Como se ha expuesto a lo largo del tema, el derecho hereditario es muy extenso y para poderlo explicar mas ampliamente se dividirán los dos tipos de sucesiones, la testamentaria y la legítima que a continuación se reseñará.

2.2.-SUCESION TESTAMENTARIA.

El fenómeno jurídico de que una persona pueda disponer de sus bienes y para hacer otras disposiciones que van a surtir efectos cuando éste ya no exista, ha dado lugar a la sucesión testamentaria o voluntaria, que previamente a la muerte del autor, se hace una declaración de su voluntad.

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

La sucesión es por tanto, la que se basa en la existencia de un testamento válido, hecho en cualquiera de las formas legalmente autorizadas, ya que son el vértice de la sucesión testamentaria.

Su fundamento está en el concepto de derecho de propiedad, cuya esencia consiste precisamente en la facultad de disponer y, después en la institución de la familia, o sea esa sociedad natural que impone a los padres el deber de proveer a su existencia y a la formación y educación de los hijos, no solamente durante la vida de los progenitores sino, hasta donde es posible, aún en caso de su fallecimiento, es decir, su fundamento sustancial, se encuentra en la necesidad de garantizar al individuo el completo dominio de los propios bienes, no sólo durante la vida, sino, después de la muerte, esto es, para satisfacer sentimientos de afecto, de gratitud de caridad que no pueden ni deben tener su límite insuperable en el fallecimiento.

Se ha mencionado que el fenómeno hereditario establecido forzosamente por la ley, tiene por objeto principal el de mantener la continuidad del patrimonio perteneciente al de cuius para pagar créditos y cumplir obligaciones pendientes en el momento de la muerte, pues el contenido del patrimonio hereditario debe entenderse circunscrito a los bienes del autor al morir.

En ésta facultad de disponer *mortis causa* tiene a su favor, en primer lugar, el consentimiento universal en el tiempo y en el espacio, otorgando un testamento, el cual mas adelante se definirá.

El derecho a heredar que corresponde al autor se realiza a través de la sucesión testamentaria que descansa en la libre y expresa voluntad del autor.

La voluntad del testador sólo aparentemente se vuelve eficaz cuando él ya no existe, ya que la voluntad, en realidad, se dirige directamente, a disponer de la suerte de los bienes que le pertenecen para el tiempo posterior a su muerte que puede considerarse como el término inicial de la eficacia de aquella voluntad.

Como ya se ha indicado la sucesión testamentaria se rige por la voluntad y también por la libertad que tiene el testador de disponer de todos sus bienes, es decir, en principio el testador tiene la libertad para hacer sus disposiciones testamentarias en la forma que él juzgue más conveniente, existiendo normas que encausan la libertad de testar, y que pueden clasificarse como: las que velan por la libertad de los sucesores, esta tiende a proteger a los herederos y legatarios con el fin de que las disposiciones testamentarias no disminuyan la justa libertad que deben tener los sucesores, como la tiene el testador mismo; las que se refieren a la forma testamentaria en relación con determinadas situaciones, ya que una cosa es tener la facultad de hacer testamento y otra la de hacerlo por medio de cualquiera de las formas establecidas por la ley; las que protegen a ciertas personas para que reciban alimentos, en este precepto se distingue la afectación de la facultad de disponer bienes al testar, ya que la única restricción a esta facultad de disponer, es la obligación de dejar alimentos a las personas en los términos que establece la ley; y las que prohíben ser herederos a determinadas personas por su relación especial con el testador o por motivos públicos, esto es, por presunción de influjo contrario a la libertad del testador y a la verdad e integridad del testamento, por renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento, por motivos políticos que comprenden dos clases, ya sean ministros de culto y los pobres en general.

El sistema de la libre testamentifacción constituye la base fundamental del derecho sucesorio testamentario, toda vez, que permite la disposición de los bienes y derechos de una persona física para después de su muerte, sin más limitaciones que las que la ley establece expresamente sólo para la protección de los intereses particulares que pudieren resultar afectados en perjuicio del interés general.

Por tanto la sucesión hereditaria comprende el patrimonio formado por todos los bienes que no se extinguen por la muerte con las obligaciones que afectan el valor de esos bienes, cuyo conjunto constituye la unidad patrimonial organizada económicamente como universalidad de derecho destinada a la realización de sus propios fines. El derecho a participar de ese patrimonio corresponde a los herederos,

cuyas porciones patrimoniales deben ser consideradas como patrimonios separados de los que ellos tengan independientemente de la sucesión, es decir, se entiende que la universalidad jurídica de la herencia tendrá tantos titulares como herederos haya, mientras no se haga la partición.

El supuesto de la muerte es común a las testamentarias y a los intestados, a la muerte se llama técnicamente apertura de la herencia; aún cuando materialmente no se haya radicado el juicio en ningún juzgado, jurídicamente la herencia se ha abierto en el instante de la misma muerte.

El derecho de adquirir por herencia es el que asiste a quien el autor ha designado para suceder o a quién señala.

2.3.-SUCESION LEGITIMA

La sucesión legítima se puede precisar que es la que se defiere por ministerio de ley cuando falta o no puede cumplirse la voluntad testamentaria del autor de la sucesión, del mismo modo, la ley ejerce una función supletiva de la voluntad del testador, ya que no se basa en la voluntad del causante como por ejemplo, en la sucesión testamentaria que se defiere por la voluntad del autor, en la sucesión legítima se admite por la ley (*ex lege*), por eso lleva ese nombre o también sucesión intestada o *ab intestato*.

En la actualidad como ya es sabido, la sucesión legítima aparece siempre en la substitución de la testamentaria, esto existe, a falta de ésta, y siendo en relación con ella una forma de sucesión suplementaria.

Además de la muerte, supuesto común a la sucesión se necesitan ciertas circunstancias para que se origine la sucesión *ab intestato*; hoy en día sólo se abre la

sucesión por la muerte y por la presunción legal de ésta, por ello es necesario probar la muerte, por ser un hecho importantísimo que origina efectos jurídicos de gran trascendencia los cuales son: se abre la sucesión; se determina la existencia, capacidad y orden de las personas que han de heredar; es en el instante en que la propiedad de los bienes pasa de pleno derecho a los herederos; comienza la indivisión entre éstos; y, regula la ley que ha de reglamentar la transmisión sucesoral y la que ha de regular los impuestos que deban pagarse.

Así que se puede entender que, la sucesión legítima o intestada se abre cuando una persona sujeto de patrimonio, ha dejado de existir sin haber expresado previamente su voluntad en cuanto a sus bienes: su personalidad jurídica desaparece y entonces otra persona es llamada por la ley a ocupar su puesto para continuar las relaciones patrimoniales del difunto.

La apertura de la sucesión legítima se da:

- a) Cuando no hay testamento, o el que se otorgó es nulo o perdió su validez por cualquier motivo;
- b) Cuando el testador no dispuso de todos sus bienes;
- c) Cuando no se cumpla la condición impuesta al heredero;
- d) Cuando el heredero muere antes que el testador, repudia la herencia o es incapaz de heredar, si no se ha nombrado sustituto

Los casos anteriores deben clasificarse a fin de poder comprender estos conceptos generales, y por consiguiente se puede razonar que la sucesión legítima se abre cuando:

- 1) No hay disposición testamentaria, comprendiendo tres casos: cuando no se otorgó testamento, cuando se revoco el testamento, y cuando existiendo un testamento, éste ha desaparecido.

- 2) En los casos de ineficacia del testamento, es decir, que no producirá efecto; la ineficacia del testamento tiene lugar: cuando es inexistente, cuando esta afectado de la nulidad absoluta, y cuando esta afectado de nulidad relativa.

- 3) Cuando el testador dispone sólo de parte de los bienes, este precepto supone: que se dispuso de parte de los bienes, por lo que la otra deberá ser materia de sucesión legítima; que sólo se hizo una institución de legatarios respecto de la parte del activo, y nada se dijo del resto, ni del pasivo, en cuyo caso se abrirá la sucesión legítima por la parte no dispuesta; que sólo hubo una institución parcial de heredero, es decir, se instituyo heredero por parte alícuota.

- 4) En los casos de caducidad de la herencia, ya que supone su vez las siguientes hipótesis: que el heredero testamentario repudió la herencia, caduca su parte alícuota que será materia de sucesión legítima; que el heredero murió antes que el de cujus; que el heredero murió antes de que se cumpliera la condición suspensiva, a pesar de que haya muerto después del testador, se abre la sucesión legítima; y la última hipótesis, es la incapacidad del heredero por los casos siguientes: falta de personalidad, delito, motivos de orden público, presunción de influencia contraria a la voluntad del testador o la integridad del testamento, renuncia y remoción de un cargo conferido en testamento entre otros.

Quando el testador ha dispuesto solamente de parte de sus bienes o deja de surtir efectos, por cualquiera de las causa anteriores una institución de heredero, la sucesión legítima se abre sólo por aquella parte de la que no dispuso el testador o

respecto de los bienes que corresponderían al heredero que, por cualquiera de las circunstancias dichas, no entro a la sucesión

En la sucesión legítima tienen derecho a heredar las siguientes personas:

- a) Los descendientes; los llamados a la herencia legítima en primer lugar son los hijos; y la herencia se dividirá entre todos en partes iguales;
- b) Los cónyuges, el cónyuge que sobreviva concurriendo con descendientes, tendrá el derecho de un hijo, si carece de bienes o los que tiene al morir el autor de la sucesión no igualan a la porción que a cada hijo debe corresponder;
- c) Los ascendientes, en el caso de la sucesión de los ascendientes la herencia puede recibirse por cabeza o por líneas; por cabeza, a falta de los descendientes y de cónyuge suceden al hijo el padre y la madre, por partes iguales; si solamente sobrevive el padre o la madre sucede el que le sobreviva en toda la herencia del hijo; por líneas, tiene lugar en la sucesión de los ascendientes y sólo a partir del segundo grado, es decir, en el caso de que falte el padre y la madre;
- d) Los parientes colaterales dentro del cuarto grado, se encuentran primeramente los hermanos, que son parientes en segundo grado, el tío y el sobrino y viceversa en tercer grado, y los primos hermanos que son parientes colaterales se encuentran en cuarto grado;
- e) La concubina o el concubinario, tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que se reúnan los requisitos que marca la ley, y

- f) La beneficencia pública, es llamada a heredar, a falta de todos los herederos que se mencionaron anteriormente.

El parentesco por afinidad no da derecho a heredar.

En el presente trabajo esta sucesión es negativa, ya que no se basa en la voluntad del causante, pero en realidad no es que no exista dicha voluntad, sino que, en lugar de ser expresa, es presunta.

2.4.- HERENCIA

“La herencia o sucesión es la hereditas o succesio in jus o succesio in locum y para la nomenclatura de los compiladores succesio per universitatem o succesio in universum ius, ésta va a comprender el conjunto de bienes o masa hereditaria que es susceptible de transmisión en razón de la muerte de su autor.”²⁰

Se puede precisar que la herencia es 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 integran.

El Código Civil vigente define a la herencia en su artículo 1281 como:

“Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte.”²¹

²⁰ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Op. Cit. Pág. 381.

²¹ Código Civil para el Distrito Federal, Compendio de Leyes, Reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia, Agenda Civil del D.F. 2004. Pág. 141.

La herencia se define por la voluntad del testador o por disposición de ley, como ya se ha indicado la primera se llama testamentaria y la segunda legítima, pero independientemente de su nomenclatura, la sucesión se abrirá en el momento de que muera el autor de la herencia y cuando se declare la presunción de la muerte del ausente.

En la herencia hay dos formas de adquirir; a título universal, que es donde el heredero responde de todas las cargas de la herencia hasta donde alcance la cuantía de los bienes que hereda; y a título particular, donde adquiere el legatario, y no tiene más cargas que las que expresamente le imponga el testador, sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria con los herederos.

En el caso de que el testador distribuya la herencia en legados, los legatarios serán considerados como herederos.

El testador puede disponer del todo o de parte de sus bienes, y así la parte de que no disponga quedara regida por los preceptos de la sucesión legítima, en donde como ya se ha indicado sólo habrá la figura de herederos.

La herencia en términos generales puede entenderse como el patrimonio del finado, señalando que lo que en vida el titular llamó patrimonio, a su muerte se convierte en herencia.

El vocablo herencia es un término toral para el análisis del presente estudio por lo que es importante señalar que tiene dos acepciones: en sentido subjetivo y en sentido objetivo.

En sentido subjetivo, equivale a sucesión hereditaria siendo esta una transmisión de bienes, por causa de muerte.

En el sentido objetivo, que se refiere a la masa de bienes y relaciones patrimoniales que son objeto de la sucesión. Este sentido debe de aclararse que mientras el titular de un patrimonio vive, no puede hablarse de una herencia, por ello, se ha podido decir que herencia es el nombre que toma el patrimonio del causante de la sucesión *mortis causa*.

En la herencia se presentan diferentes estados o situaciones que a continuación se mencionan, y son los siguientes:

- 1) Vacante, que es la herencia renunciada por la persona que tenía el derecho de aceptarla, la herencia también se define como vacante cuando no existe heredero o es repudiada por quienes lo sean y por los sustitutos.
- 2) La herencia yacente, que es la situación en que ésta se encuentra en el periodo comprendido entre la delación o llamado a heredar, y la transmisión.
- 3) Adida, que significa aceptarla, es pues, la herencia en relación con la cual el heredero ha manifestado la voluntad de hacerla suya, es decir, aquella herencia que ha sido objeto de adición.
- 4) Indivisa, es como su denominación expresa, la que esta pendiente de la división.
- 5) Divisa, aquella cuya división se encuentra ya realizada.

Al mencionar a la herencia no se puede omitir el momento de la partición de ésta, que es la división, al ocuparse de la distribución o reparto de los bienes de la herencia entre los coherederos.

Realmente la palabra exacta de referencia es la de repartición, pues no se trata, simplemente de partir, ni menos aún, de dividir, sino de repartir unos bienes que, abstractamente considerados, pertenecen a un conjunto de herederos.

La partición de la herencia, en su amplio sentido, comprende todas las operaciones a que da lugar la sucesión de una persona, definiéndose como el conjunto de operaciones hechas sobre ciertas bases, que se denominan supuestos de hecho y de derecho, y mediante las cuales, después de determinar el activo y el pasivo del patrimonio hereditario se fija el haber de cada partícipe, se le adjudica a cada uno la cantidad suficiente para el pago del mismo, y en su sentido estricto dicha participación se define como la operación, más bien, conjunto de operaciones por medio de las que se pone término a la indivisión de una sucesión, distribuyendo el caudal hereditario o relicto, que es la masa o conjunto de bienes y relaciones patrimoniales que se transmiten con la muerte, entre los coherederos, adjudicándoseles la parte que les corresponda.

2.5.- HEREDERO

Para poder entender el papel del heredero es necesario comprender como el autor de la herencia, de acuerdo a su voluntad mediante un testamento, o a falta de ésta, con una sucesión legítima, se rige el heredero, para esto es elemental mencionar la función que tiene el autor de la herencia, ya sea como sujeto de derecho hereditario o como sujeto de derecho en la sucesión legítima.

Así bien, la función del autor de la herencia como sujeto del derecho hereditario es radicalmente distinta en ambas sucesiones; en la testamentaria, en donde el testador sí es sujeto del derecho hereditario cuya conducta jurídica se

encuentra regulada no sólo para dictar válidamente su testamento, sino también para definir hasta dónde alcanza el poder de su voluntad por reconocimiento de la norma y en qué aspectos debe subordinarse a disposiciones prohibitivas o imperativas que lo obligan a disponer en cierta forma de sus bienes según diversas legislaciones, que no admitan plenamente la libertad de testar, o que los sometan a la necesidad jurídica de asegurar alimentos a ciertas personas, bajo la sanción de que el testamento sea inoficioso en caso contrario, reduciéndose en la medida conducente para cumplir esa obligación; y la legítima, donde se desempeña un papel de simple punto de referencia para que se opere la transmisión a título universal, extinguiéndose su personalidad con motivo de su muerte, sin que sean admisibles las ficciones de su continuidad o supervivencia de dicha personalidad en el heredero, o de representación jurídica de éste respecto del de cujus, en ésta sucesión se toma como punto de referencia para que se opere la transmisión a título universal a favor de aquellas personas que por virtud del parentesco, matrimonio y concubinato, en el derecho, y al falta de ellas el Estado, son llamadas a heredar por disposición de ley, en el orden y condiciones que la misma establece.

Ahora bien, la institución de heredero, es hecha por el testador de quién o quienes han de sucederle, éste adquiere a título universal en todos sus bienes, derechos y acciones o en parte alícuota de ellos, que sean transmisibles por la muerte.

Conforme a este precepto el heredero es un verdadero continuador del patrimonio del de cujus y representa todas sus relaciones activas y pasivas de carácter pecuniario, pero con el límite que establece el beneficio de inventario.

Esta institución de heredero puede ser hecha en forma pura o bajo condición, en la primera se producen todos los efectos cuando la sucesión se causa; en la segunda quedan subordinados a la realización de la modalidad.

Por cargas hereditarias deben de entenderse las deudas u obligaciones personales del difunto y aquellas que tienen, además, garantía real, tales como las hipotecas, prendarías o anticréticas; las cargas reales que afecten a los bienes de la herencia y que, por lo tanto, implican derechos reales a favor de terceros como por ejemplo el usufructo, uso, habitación, entre otros, pasan necesariamente a formar parte del pasivo hereditario por cuanto que continúan gravando los bienes afectados.

Para que la institución de heredero sea eficaz se requiere:

- a) Que ni la subsistencia del nombramiento del heredero o en su caso de legatarios, ni la designación de las cantidades que a ellos correspondan dejen al arbitrio de un tercero, ésta debe hacerla personalmente el testador.
- b) Que la institución se haga en el testamento, y quedan prohibidas las memorias secretas y los codicilos, es decir, disposiciones menos solemnes de última voluntad; ya que son escritos pequeños que hacen los hombres después de hechos sus testamentos, para crecer, disminuir o cambiar algunas disposiciones que hubieran hecho en ellos, y
- c) Que se haga la institución de heredero nominalmente, el heredero debe ser instituido designándolo por su nombre y apellido, y si hubiere varios que tuvieren el mismo nombre y apellido, deben de agregarse otros nombres y circunstancias que distingan al que se quiere nombrar, ya que un nombre y apellido es una necesidad de diferenciación; aunque se haya omitido el nombre del heredero, si el testador le designare de otro modo que no pueda dudarse quién sea, valdrá la institución; o ya sea que haya error en el nombre, apellidos o cualidades del heredero no vicia la institución, si de otro modo se supiere ciertamente cuál es la persona nombrada; si entre varios individuos del mismo nombre y circunstancia no pudiese saberse a quién quiso designar el testador, ninguno será heredero.

En la institución de herederos hay modalidades de las disposiciones testamentarias que es posible establecer de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, y son: la condición, a falta de alguna condición impuesta al heredero o al legatario no perjudicará a éstos, siempre que haya empleado todos los medios necesarios para cumplir, la institución de heredero o legatario se llama condicional cuando sus efectos se encuentran subordinados a la realización o no de un acontecimiento futuro e incierto; la causa, denominada *sub causa*, aquella que contiene el motivo determinante de la misma, ya lo menciona el Código Civil vigente para el Distrito Federal en su artículo 1301 "*Las disposiciones hechas a título universal o particular no tienen ningún efecto cuando se funden en una causa expresa, que resulte errónea, si ha sido la única que determino la voluntad del testador*"²², es decir, la expresión de una causa contraria a derecho, aunque sea verdadera, se tendrá por no escrita; y el modo, denominado *sub modo*, que es donde se impone una obligación o carga.

Dentro de la institución de heredero entra lo que es la substitución, puede ser llamada segunda o ulterior institución de heredero, ha sido definida como la disposición testamentaria en virtud de la cual una persona es llamada a suceder en efecto de otra o después de ella, es por tanto, la substitución una institución de heredero subordinada a otra.

Los herederos pueden instituirse sin sujetar su designación a modalidades, como son, condiciones, términos, cargas etc, en este caso la institución se denomina pura y simple, también es posible subordinar las instituciones de herederos a condiciones suspensivas o resolutorias, que es un acontecimiento futuro de realización incierta del cual depende la existencia de un acto jurídico, de un derecho o de una obligación, por tanto la institución de heredero estará sujeta a condición suspensiva cuando su existencia misma dependa de un acontecimiento futuro de realización incierta.

²² Código Civil para el Distrito Federal. Op. Cit. Pág. 142.

2.6.- LEGADO

El legado, como la herencia, tiene dos acepciones; significa tanto el acto de transmisión a título particular de una cosa o derecho, como los objetos transmitidos, es decir, a la cosa o al derecho objetos de una disposición testamentaria a título particular.

El legado consta en la transmisión gratuita y a título particular hecha por el testador, de un bien determinado o susceptible de determinarse, que puede consistir en una cosa, en un derecho, en un servicio o hecho, a favor de una persona y a cargo de la herencia de un heredero o de otro legatario, cuyo dominio y posesión se transmite en el momento de la muerte del testador si se trata de cosas determinadas o hasta que éstas se determinen posteriormente.

Como se puede analizar en esta enunciación en el legado se desprenden ciertas consecuencias; como es que en el legado implica siempre una disposición a título particular, por consiguiente, el legatario adquiere un bien determinado o determinable, sin responder de las relaciones pasivas patrimoniales del autor de la sucesión, ya que éste no continúa con el patrimonio autor de la herencia, como acontece con el heredero; así como también el legado constituye una liberalidad, es decir, una transmisión a título gratuito; del mismo modo, los legados se instituyen sólo por virtud de testamento, y sólo existirán, por consiguiente legados testamentarios, y finalmente, todo legado implica la transmisión de un bien determinado o determinable que puede consistir en un derecho, en una cosa, o en un servicio a cargo de un heredero, de otro legatario, o de la masa de la herencia.

La palabra legado puede considerarse en sentido subjetivo y en sentido objetivo, significando, en el primero, sucesión a título singular, y, el segundo, el objeto u objetos legados.

Esta figura jurídica, es una institución típica de la sucesión testada, no existiendo en la intestada, como por ejemplo, en la sucesión testamentaria, solo se instituye por la voluntad del testador, éste designara herederos y legatarios, al contrario con la intestada en la cual sólo se nombran herederos, que son destinados mediante un juicio de sucesión legítima, y éste se manifiesta de acuerdo a todos los herederos del de cujus no habiendo legatarios en este tipo de sucesión.

El legado es un acto de liberalidad, sin que a ello se oponga la circunstancia de que existan legados llamados onerosos, el legado oneroso no deja de ser un acto de liberalidad, en tanto que el legatario obtenga, en su virtud, algún beneficio o utilidad, por escasa que sea.

Ahora bien, un legado que no reporte beneficio alguno o que produzca, por el contrario, menoscabo en el patrimonio del legatario, no es realmente un legado.

Los elementos del legado son de tres clases:

Los personales: que son el testador, es decir el legante, como el legado es sólo posible dentro de la sucesión testamentaria, el testador es el sujeto que lega, es decir, quien dispone de una porción de sus bienes para traspasarlos a otra persona a título singular; el gravado, que es el sujeto que queda obligado a entregar el legado; y el legatario, es la persona que, en la sucesión, adquiere a título singular y que no tiene más cargas que las expresamente le imponga el testador, sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria con los herederos.

Los elementos reales: estos se encuentran constituidos por todas aquellas cosas o derechos que pueden ser legados.

Los elementos formales: están representados por el conjunto de formalidades a que está sujeto el legado como acto de última voluntad.

Los legados se clasifican, tomando como base de la distinción el objeto o la forma.

Comenzando con la clasificación por el objeto: las diferentes especies de legados son:

El legado de cosa propia determinada; ya que, es nulo el legado que el testador hace de cosa propia individualmente determinada que al tiempo de su muerte no se halle en su herencia, si esta cosa existe en la herencia, pero no en la cantidad y número designados, tendrá el legatario lo que hubiere. Tratándose de legado de una cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere y hace suyos los frutos pendientes y futuros, salvo que el testador haya dispuesto de otra cosa. La cosa legada, en este caso correrá desde el mismo instante a riesgo del legatario; y en cuanto a su pérdida, aumento o deterioro posteriores, se observará lo dispuesto en las obligaciones de dar, para el caso de que se pierda, deteriore o aumente la cosa cierta que debe entregarse. En los casos en que el testador, el heredero o el legatario sólo tengan cierta parte o derecho en la cosa legada, se restringirá el legado a esa parte o derecho si el testador no declara de un modo expreso que sabía ser la cosa parcialmente de otro, y que, no obstante esto, la legaba por entero.

El legado de cosa ajena; que es aquel que tiene por objeto una cosa que no pertenece al causante. El legado de cosa ajena, si el testador sabía que lo era, es válido y el heredero está obligado a adquirirla para entregarla al legatario o dar a éste su precio. Si el testador ignoraba que la cosa legada era ajena, el legado es nulo, pero, será válido si el testador, después de otorgado el testamento, adquiere la cosa que al otórgalo no era suya.

El legado de cosa inmueble indeterminada, pero comprendida en género determinado, será válido, aunque en la herencia no haya cosa alguna de género. Si el testador concede expresamente la elección al legatario, éste podrá, si hubiere varias

cosas del género determinado, escoger la mejor, pero si no la hay, sólo podrá exigir una de mediana calidad o el precio que le corresponda. Si la cosa determinada fuere inmueble, sólo valdrá el legado existiendo en la herencia varias del mismo género.

El legado de género, es aquél que no está individualizado en su objeto, sino indicado genéricamente. Comprende, por tanto, estos legados, cosas que se determinan por su cantidad, peso o medida. Las características de este legado es la que recae sobre cosa que se determina por el género al que pertenece .

Legado de especie, en este legado el heredero debe entregar la misma cosa legada. Los legados en dinero deben pagarse en esa especie y si no la hay en la herencia, con el producto de los bienes que al efecto se vendan.

Los legados alternativos, tienen por objeto dos o más cosas, entre las cuales puede elegirse una sola de ellas por la persona (heredero o legatario) a quien corresponda expresamente la elección, que corresponde al heredero, si el testador no la concede expresamente al legatario, si el heredero tiene la elección, puede entregar la cosa de menos valor, pero si corresponde al legatario puede exigir la de mayor valor, como se observa, este legado alternativo es, en definitiva, un legado de cosa, es decir, el legado de una cosa elegida entre varias, bien por el legatario, o por el heredero, de acuerdo con lo establecido al efecto.

Legado de cosa en prenda o de cosa hipotecada, consiste en la devolución de la cosa recibida en prenda, o en el título constitutivo de una hipoteca, sólo se extingue el derecho de prenda o hipoteca, pero no la deuda, a no ser que a sí se prevenga expresamente.

El legado de crédito, hecho a un tercero de un crédito a favor del testador, sólo produce efecto en la parte del crédito, esté insoluto al tiempo de abrirse la sucesión, el que debe cumplir esta clase de legado entregará al legatario el título de crédito y le cederá todas las acciones que en virtud de él correspondan al testador.

Este legado comprende los intereses que por el mismo se deban a la muerte del testador y subsiste aunque haya demandado judicialmente al deudor, si el pago no se ha realizado. En virtud de este legado el legatario se subroga en el derecho de crédito que tenía el testador, ocupando frente al deudor la posición de acreedor.

Legado de deuda, este legado hecho al mismo deudor extingue la obligación y el que debe cumplirlo está obligado no solamente a dar al deudor la constancia del pago, sino también a desempeñar las prendas, a cancelar las hipotecas y las finanzas y a liberar al legatario de toda responsabilidad. Una modalidad de este legado es el genérico de liberación o perdón de las deudas, que comprende las existentes al tiempo de otorgarse el testamento, pero no las posteriores.

Legados de alimentos, educación y pensión, el legado de pensión dura mientras viva el legatario, a no ser que el testador haya dispuesto que dure menos, el legado de educación dura hasta que el legatario sale de la minoría de edad, o también hasta que obtenga el legatario profesión u oficio con qué poder subsistir, asimismo, si contrae matrimonio; el legado de pensión, sean cuales fueren la cantidad el objeto y los plazos, corre desde la muerte del testador, es exigible al principio de cada periodo, y el legatario hace suya la que tuvo derecho a cobrar, aunque muera antes de que termine el periodo comenzado.

Legados de usufructo, uso, habitación o servidumbre, estos legados subsistirán mientras viva el legatario, a no ser que el testador dispusiere que duren menos.

Igualmente la clasificación de los legados por la forma se reconocen los siguientes:

Puros o simples, se denominan a aquellos legados que no están sujetos a ninguna condición ni a plazo alguno.

Condicionales; ya que estos pueden estar sujetos a condiciones en los mismos términos que la herencia.

A término, el legado como ya se ha dicho, puede estar sometido, al contrario de lo que sucede con la herencia, a término, bien suspensivo o resolutorio.

Remuneratorios, en estos reciben esta clasificación, los legados dispuestos con el propósito de otorgar el beneficio que suponen como compensación de servicios prestados al legante por el legatario, que no constituyen una obligación civil exigible.

Modales, los que se le imponen al legatario una carga u obligación.

Y los causales, estos contienen la expresión de la causa determinante del legado.

Al analizar el legado, se puede concretar que en éste, como figura importante en la sucesión testamentaria, el testador hace uso de las facultades que le brinda el derecho de testar como acto de última voluntad, ya que éste puede nombrar herederos o legatarios, dándole de la más amplia libertad testamentaria, por que si bien es cierto que la figura del legado no se puede realizar en una sucesión legítima, el testador tiene la oportunidad de otorgar cualquier tipo de los legados antes mencionados, ya sea para realizar un acto de transmisión a título particular, de un bien determinado o susceptible de determinarse, que éste pueda consistir en una cosa, en un derecho, en un servicio o hecho, cuyo legado se transmite en el momento de la muerte del testador, a favor de la persona a la cual le transmitió dicho legado, éste tipo de disposición a veces es una forma de hacer cumplir con una obligación, que se puede establecer solo en un testamento.

2.7.- LEGATARIO

Como se ha definido el heredero es un continuador del patrimonio del autor de la herencia, que gracias a ello las relaciones jurídico-patrimoniales, activas y pasivas, se transmiten íntegras al heredero, siendo por tanto, un causahabiente a título universal, en cambio el legatario no continúa la personalidad del autor de la herencia ni las relaciones patrimoniales de éste, en tanto que para el heredero existe una transmisión de patrimonio como universalidad, como unidad abstracta; para el legatario existe simplemente una transmisión a título particular sobre un bien determinado, esto origina que el legatario no responda de las relaciones patrimoniales activas o pasivas, quedando obligado sólo a pagar la deuda o carga que expresamente el autor de la herencia grave en el legado, ésta es la situación normal, sin embargo, excepcionalmente, puede el legatario asumir la función del heredero para representar al autor de la herencia y ser un continuador de su patrimonio, ésta situación excepcional se presenta cuando toda la herencia se distribuye en legados, de tal suerte que no hay institución de heredero.

El legatario se puede inferir, no es un sucesor del de cujus, sino simplemente es una persona que recibe un bien en particular de la herencia sin más cargas que las expresamente le imponga el testador, tiene una responsabilidad subsidiaria; es decir que los acreedores del de cujus tendrán acción contra éste cuando en la herencia no hubiese bienes bastantes para abrir sus créditos y se presenten después de haber sido pagados los legados.

Pero el legatario en relación con los herederos del autor de la sucesión es un acreedor más por lo que tendrá derecho de exigir la entrega del legado instituido a su favor. Pero si se diera el caso de que toda la herencia se distribuyera en legados también serán herederos.

El legatario no puede aceptar una parte del legado y repudiar otra. Si el legatario muere antes de aceptar un legado y deja varios herederos, puede uno de éstos aceptar y otro repudiar la parte que le corresponda en el legado. Y si se dejaren dos legados y uno fuere oneroso, el legatario no podrá renunciar a éste y aceptar el que no lo sea, si los dos fueren onerosos o gratuitos, será libre para aceptarlos todos o repudiar el que quiera.

A lo establecido en el párrafos anteriores, es de suma importancia referirse a las figuras del heredero y legatario, ya que no solo basta haber sido estipuladas las figuras antes mencionadas en un testamento, sino que éstos deben al momento en que son aludidos en el mismo, ser sujetos de una capacidad para heredar los cuales se obligan a tener ciertos requisitos, así como también pueden perder los mismos; como se verá con más detalle en el punto siguiente.

2.8.-CAPACIDAD PARA HEREDAR

Se ha analizado las figuras del heredero y legatario, y es importante examinar cual es la capacidad que se debe tener para poder adquirir derechos y obligaciones a través de la herencia.

Corresponde la 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.

El razonamiento general en cuanto a esta cuestión es que todo sujeto de derecho de cualquier edad, sexo, religión, origen, domicilio y nacionalidad basta con

que tenga capacidad de goce para poder heredar y nadie puede ser privado de dicho derecho a menos que se coloque en alguno de los supuestos que la ley señala expresamente para estar impedido de dicha facultad.

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

El Catedrático Antonio De Ibarrola, brinda su concepción acerca del tema en comento: *"La capacidad para suceder no es más que la aptitud para la vida jurídica en materia sucesoral, y esta aptitud se descompone en tres elementos (POL, 60 y ss.):*

- A) *EXISTENCIA, porque no puede adquirir quien no es sujeto de derecho.*
- B) *CAPACIDAD, la cual en materia sucesoral es la regla, siendo la incapacidad la excepción. Se basa en motivos de orden social, que suelen ser independientes de la voluntad del testador: la incapacidad es una medida de PREVENCIÓN SOCIAL. Deben dejarse bien sentadas las diferencias entre la capacidad en general y la capacidad en materia sucesoral.*
- C) *DIGNIDAD: este requisito suprime la existencia y la capacidad; pero se funda en causas de orden moral, particularmente dependientes de la persona que ha de suceder."*²³

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

Tienen capacidad para heredar no sólo las personas físicas sino también las morales. La capacidad de éstas tienen las limitaciones establecidas por la Constitución y por las leyes y reglamentos de los artículos constitucionales.

²³ Ibarrola, Antonio de, Cosas y Sucesiones, Quinta Reimpresión, Editorial Porrúa, México, 2001. Págs.949 y 950.

La capacidad de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que es concebido, entra bajo la protección de la ley, y se le tiene por nacido para los efectos de que esta declare; uno de estos efectos es precisamente el de darle capacidad para heredar. Desde que está concebido se le reconoce capacidad hereditaria de goce, sujeta a una condición resolutoria, es decir, que nazca viable.

Como se ha mencionado hay capacidad para heredar, pero asimismo esta se puede perder por alguna de las causas siguientes:

- I. Por falta de personalidad, lo primero que se necesita para poder heredar es existir, y existir con vida jurídica, ya que para adquirir un derecho es necesario existir, así se especifica que padecen la falta de personalidad los que no son concebidos a tiempo de la muerte del autor de la herencia, o, los concebidos cuando no sean viables.

- II. Por delito, el que haya sido condenado por haber dado, mandado o intentado dar muerte a la persona que cuya sucesión se trate, o a los padres, hijos, cónyuge o hermanos de ella; el que haya hecho contra el autor de la herencia o sus familiares, acusación de delito que merezca pena capital o de prisión, así fuese alguno de sus mismos familiares; el cónyuge que mediante juicio ha sido declarado adúltero, si se trata de suceder al cónyuge inocente; el coautor del cónyuge adúltero, ya sea que se trate de la sucesión de éste o de la del cónyuge inocente el que haya sido condenado por un delito que merezca pena de prisión, cometido contra el autor de la sucesión, o de sus familiares; los ascendientes que abandonare, prostituyeren o corrompieren a sus descendientes, respecto de los ofendidos; los demás parientes del autor de la herencia que, teniendo obligación de darle alimentos, no la hubieren cumplido; los parientes del autor de la herencia que, hallándose éste imposibilitado para trabajar y sin recursos, no se cuidaren de recogerlo, o de hacerlo recoger en establecimientos de beneficencia; el que se acusare de violencia, dolo o

fraude con una persona para que haga o deje de hacer o revoque su testamento; el que conforme al Código Penal, fuere culpable de supresión, sustitución o suposición de infante, siempre que se trate de la herencia que debió de corresponderle a éste o a las personas a quienes se haya perjudicado o intentado perjudicar con estos actos; el que haya sido condenado por delito cometido en contra del autor de la herencia.

- III. Por presunción de influencia contraria a la libertad del testador o a la verdad o integridad del testamento, son incapaces de heredar por testamento al menor, los tutores y curadores a no ser que sean instituidos antes de ser nombrados para el cargo o después de la mayoría de edad de aquél, estando ya aprobadas las cuentas de la tutela, tal incapacidad no comprende a los ascendientes ni hermanos del menor.

- IV. Falta de reciprocidad internacional, los extranjeros y las personas morales son incapaces de adquirir bienes por testamento o por intestado; la ley es muy clara y establece que los habitantes del Distrito Federal, los extranjeros que, según las leyes de su país, no pueden testar o dejar por intestado sus bienes a favor de los mexicanos.

- V. Utilidad Pública, por cuanto a la herencia o legado que se deja a un establecimiento público imponiéndole algún gravamen o bajo alguna condición, sólo serán válidas si el gobierno los aprueba.

- VI. Renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento, son incapaces de heredar por testamento los que, nombrados tutores, curadores o albaceas, hayan rehusado, sin justa causa, el cargo, o por mala conducta hayan sido separados judicialmente de su ejercicio.

No se puede olvidar que las personas que son inciertas, y que se pone toda disposición a favor de una de ellas o sobre cosa que no pueda identificarse no

podrán heredar y esta disposición será nula, al menos de que por algún evento puedan resultar ciertas, pero no se debe confundir a las personas que sean inciertas con aquéllas que el testador no haya conocido, y las cuales perfectamente puedan hoy ser designadas como herederas.

Ahora bien se ha hablado de la capacidad para heredar, pero también dentro del testamento hay una figura muy importante la cual también debe de tener cierta capacidad para desempeñar su cargo y esta es la figura del albacea del cual se mencionará más ampliamente en el siguiente apartado.

2.9.- ALBACEA

En nuestro derecho sucesorio, el albacea es un elemento obligatorio de las sucesiones testamentarias y legítimas.

“La palabra albacea tiene sus origen en la árabe al-waci, que significa ejecutor o cumplidor, y también, históricamente, cabezalero, mansesor y fideicomisario.”²⁴

Los albaceas son designados por el testador o por los herederos para cumplir las disposiciones testamentarias o para presentar a la sucesión y ejercitar todas las acciones correspondientes al de cujus, así como para cumplir sus obligaciones, procediendo a la administración, liquidación y división de la herencia, es decir, los albaceas son los órganos representativos de la comunidad hereditaria para proceder a su administración, liquidación y división y, en su caso, los ejecutores de las disposiciones testamentarias.

²⁴ De Pina, Rafael. Op. Cit. Pág. 381.

De esto se desprende que los albaceas pueden ser designados por testamento, en cuyo caso se llaman albaceas testamentarios y su misión consiste en cumplir las disposiciones hechas por el testador y representar a la sucesión, cuando no existe testamento o el testador no designo al albacea, éste tiene fundamentalmente la función de representar a la herencia, ejercitando las acciones conducentes y celebrando, además, los actos o contratos que sean necesarios para la administración y liquidación de la masa hereditaria, este albacea puede ser designado por los herederos o el juez en ciertos casos.

El albacea testamentario tiene su fundamento en la conveniencia para el testador de la existencia de una persona de su confianza que ejecute su voluntad.

El albaceazgo es considerado, bien como una institución equiparada al mandato, bien como un fenómeno de representación. Se ha dicho a éste propósito que el albaceazgo no puede ser un mandato propiamente hablando, si es que con ello se intenta identificarle con la relación contractual de mandato, porque ésta se halla decisivamente caracterizada por la coexistencia del mandante y del mandatario, y que tampoco es satisfactoria la tesis de la representación, porque el muerto no existe ya y no puede ser representado.

El nombramiento de albacea corresponde, según las diferentes circunstancias al testador, a los herederos, al juez, y a los legatarios.

El testador tiene derecho a nombrar, uno o más albaceas, cuando el testador no hubiere designado o el designado no desempeñe el cargo, lo designaran los herederos por mayoría de votos, votando por los herederos menores sus representantes legítimos, cuando no hubiere mayoría el albacea será nombrado por el juez, de entre los propuestos, cuando no haya heredero o el nombrado no entre en la herencia, si no hubiere legatarios, lo nombrará también el juez, cuando no haya herederos o el nombrado no entre en la herencia, la designación del albacea la harán los legatarios, si los hay.

Al estudiar esta figura de albacea no se puede dejar de considerar, que el albaceazgo se encuentra en la noción de representación, no del de *cujus*, tomando en cuenta que el representado del fallecido y para efecto de representación deberá coexistir lógicamente y legalmente, representado y representante de los herederos, ya que todos los actos que celebra el albacea son en nombre y por cuenta de los mismos como lo es un representante.

Este representante que es llamado albacea y nombrado por el testador o los herederos debe de tener ciertas características, para poder desempeñar su cargo el cual, a fin de tener un mejor y detallado estudio del mismo, se detallarán en el subsiguiente párrafo.

2.9.1.-CARACTERISTICAS

Para poder desempeñar el cargo de albacea se deben tener las siguientes características:

Este cargo debe de ser voluntario, pero si no lo acepta pierde su derecho a heredar, el cargo de albacea es voluntario, pero una vez aceptado, se tiene la obligación de desempeñarlo, considerando que el albacea es un representante de los herederos, y que la representación en general, la manifestación de voluntad emana del representante, es necesario que el albacea sea capaz de querer aceptar el cargo, y en su caso rechazarlo.

Puede ser renunciado y en ciertos casos excusado, aún cuando el cargo de albacea sea aceptado, puede renunciarse a dicho cargo.

Si la renuncia esta fundada en causa justificada, no perderá lo que le hubiera dejado el testador, a no ser que se le haya beneficiado exclusivamente con el objeto de remunerarlo por el desempeño de su cargo, en cambio, si el albacea renuncia sin justa causa perderá lo que el testador le hubiere dejado.

De igual forma, puede ser excusado para eximirse del desempeño del cargo de albacea, en los casos de presentación de servicio público, al servicio de la milicia, cuando originen pobreza extrema, los que obedecen a mala salud o analfabetismo, los que se encuentren en edad avanzada o tengan setenta años cumplidos y los que se encuentren desempeñando otro albaceazgo.

Este cargo es personalísimo, ya que esta designación se debe a que es un acto de confianza que se hace *Intuitu personae*, únicamente la persona nombrada para el cargo puede cumplimentar el testamento, sin que para ello deba molestarse personalmente en el ejercicio de su cargo, que podrá desempeñar a través de un mandatario que obre bajo sus órdenes, de cuyos actos responderá.

2.9.2.-TIPOS

Existen diversas clases de albaceas y estos pueden ser:

Universales, son aquellos que tienen por objeto cumplir todas las disposiciones testamentarias y representar a la sucesión cuando son designados por el testador, cuando su nombramiento depende de los herederos o el juez, dichos albaceas sólo tienen la función representativa de la herencia.

Especiales, son aquellos que tienen una función determinada por disposición expresa del testador para cumplir una cierta disposición testamentaria, como por ejemplo, haciendo entrega de un bien a un legatario.

Mancomunados, son aquellos que se designan por el testador o por los herederos, o legatarios en su caso, para que obren de común acuerdo, en consecuencia no pueden actuar en forma separada y será necesario el consentimiento de la mayoría para la ejecución de actos de dominio o de administración, si faltase el consentimiento, el acto ejecutado será nulo, a no ser que los demás albaceas lo ratifiquen.

Sucesivos, son aquellos que el testador designa para que desempeñen el cargo en el orden que se indique en el testamento, bien sea por muerte de alguno de ellos, por renuncia o remoción del cargo.

Testamentarios, son los que designa el testador y pueden ser universales, especiales, sucesivos o mancomunados.

Legítimos, son aquellos que designan los herederos, o el juez en su caso, a falta de albacea testamentario, o cuando éste renuncie el cargo, fuere removido o no concluyere en el plazo señalado en el testamento.

Al existir diversas clases de albaceas es necesario establecer la importancia que reviste cada uno de estos, ya que los hay para cumplir disposiciones testamentarias y representar a la sucesión, como lo es en la administración de los bienes y resguardo de los mismos, en la representación de la sucesión en un juicio o cumplir disposiciones de última voluntad; los hay designados por el testador, los herederos o el juez, en estos dos últimos casos, éstos son designados en una sucesión legítima en la cual no hubo testamento o en su caso haya renunciado al cargo establecido por el testador; pueden tener una función determinada por disposición expresa del testador, o pueden ser mancomunados para que éstos obren de común

acuerdo, o sucesivamente de acuerdo a como el testador los designe para el desempeño de su cargo y en el orden en que este lo exprese. Asumiendo así ciertas funciones que éste debe de cumplir para su desempeño, que se detallan a continuación.

2.9.3.-FUNCIONES

El abogado y notario José Arce y Cervantes al respecto de las funciones del albacea comenta que *"En nuestro derecho, el albacea es un elemento obligatorio de las sucesiones testamentarias o intestadas. Sus funciones son complejas pero las fundamentales son las de administrar, y proteger el caudal relicto en beneficio de los herederos y legatarios y de los acreedores del de cujus y como el patrimonio encomendado, a su administración es un patrimonio destinado a liquidarse, a proceder a esa liquidación y a entregar los bienes a quienes correspondan."*²⁵

A continuación se procederá a analizar de manera general las funciones del albacea:

a).- Garantizar su manejo dentro de los tres meses a la aceptación de su nombramiento, fianza, hipoteca o prenda; dicha obligación no puede ser dispensada por el testador, dada la importancia que el albacea asume, es forzoso garantizar el cargo que dará seguridad de su cumplimiento a los herederos.

b).- Presentar el testamento dentro de los ocho días siguientes a la muerte del testador, si es que lo tiene en su poder.

²⁵ Arce y Cervantes, José. Op. Cit. Pág. 195.

c).-Asegurar los bienes de la herencia por lo que el albacea no permitirá la extracción de cosa alguna si es que no consta que es de propiedad ajena.

d).- La formulación de inventario, dentro del término de diez días, bajo la pena de ser removido en caso de no hacerlo. Esta formulación de inventario es para identificar los bienes que forman la masa hereditaria, así como también las deudas existentes, no pudiendo el albacea ser dispensado de esta obligación, pues el inventario es elemento de liquidación y distribución de la herencia.

e).- La administración de los bienes de la herencia, dentro de esta administración el albacea tiene como obligación no dar en arrendamiento por más de un año los bienes de la herencia, puede gravar o hipotecar los bienes con el consentimiento de los herederos o legatarios en su caso, puede transigir o comprometer los negocios de la herencia con el consentimiento de los herederos e incluso puede realizar la venta de bienes para el pago de una deuda urgente de acuerdo con los herederos y si esto no fuere posible con aprobación judicial, si no hubiere dinero en la herencia para hacer los pagos de las deudas mortuorias, gastos de rigurosa conservación y administración de la herencia promoverá la venta de muebles. Con esta función el albacea provee de una seguridad jurídica a los acreedores, quienes tienen la facultad de exigirle a éste representante el pago de sus créditos.

f).-Rendir cuentas de su administración, las cuales pueden ser anuales, y éste será nuevamente nombrado aprobada la cuenta general, y también rendirá cuentas al termino de su albaceazgo, o si éste deja de serlo.

g).-Tiene la obligación como ya se ha mencionado de hacer el pago de las deudas mortuorias que son los gastos del funeral o las que se hayan causado en la última enfermedad del autor de la herencia, así como las hereditarias que son las contraídas por el autor de la herencia, independientemente de su última disposición; las testamentarias que son las que constan en el testamento; los gastos incluyendo

honorarios del abogado y procurador que el albacea haya ocupado se pagarán de la masa hereditaria.

h).- La defensa, en juicio que fuera de él, tanto de la herencia como de la validez del testamento por lo que podrá el albacea deducir todas las acciones que pertenezcan a la herencia, el albacea de la misma manera tendrá la obligación de defender en juicio tanto los bienes de la herencia, daños y obligaciones cuyos titulares son los herederos.

i).- La representación de la sucesión en todos los juicios que hubieren de promoverse en su nombre o que se promovieren en contra de ella.

j).-La partición y adjudicación de los bienes entre los herederos y legatarios, la partición tiene por objeto terminar con el proceso sucesorio y así como determinar que bienes concretos se van a adjudicar a cada uno de los herederos y legatarios, es decir, fijar la porción de bienes hereditarios que corresponde a cada uno de ellos.

k).- Las demás que imponga la ley.

En estas enunciaciones que se acaban de analizar se puede apreciar las imprescindibles funciones del albacea, se advierte como estas son muy variadas y complejas, ya que éste debe de tener toda la probidad de manejar la herencia, ahora bien en definitiva, se puede considerar como el representante de la sucesión, o de los herederos o legatarios, pues todos los actos que celebra el albacea son en nombre y por cuenta de los mismos como sus representados, en tal situación como se puede apreciar, esto es lo que le da el carácter tan importante en la sucesión, ya sea testamentaria o legítima, como se acaba de mencionar ésta figura es imprescindible, y lamentablemente como se podrá constatar en el último capítulo de nuestro análisis, en el cual se hace el estudio minucioso del Testamento Público Simplificado éste carece

de tan importante figura que es el albacea, innovando con una figura intitulada representante especial.

CAPITULO TERCERO

CLASIFICACION DE LA FIGURA TESTAMENTARIA.

CLASIFICACION DE LA FIGURA TESTAMENTARIA.

3.1.- CONCEPTO DE TESTAMENTO

Enfocando el tema de estudio es imprescindible definir a la figura testamentaria, ya que este concepto es un negocio jurídico unilateral y *mortis causa*, y ha tenido gran influencia en el pensamiento jurídico moderno, esto viene a ser una conducta permitida, como lo es una declaración de voluntad, realizada por un particular con el objeto de que produzca los efectos que desea conseguir mediante esa conducta, efectos que sin embargo, sólo se producen en el ámbito de lo jurídico.

Este es un concepto que no hay que tratarlo como un concepto *a priori*, o sea antes de toda deducción, por la misma naturaleza de las cosas, porque en realidad es un concepto teórico, instrumento intelectual para conocer mejor el derecho vigente.

Los negocios jurídicos pueden clasificarse en unilaterales, si son resultado del ejercicio de una voluntad. Comúnmente se considera negocio jurídico unilateral al testamento, ya que desde el momento en que se otorga tiene en sí todos los elementos constitutivos necesarios para su existencia; la muerte de su autor no lo perfecciona sino que solamente determina el comienzo de la producción de sus efectos.

La médula del negocio jurídico, es el poder de la persona para dictar reglas, en este caso en el testamento se manifiestan derechos y obligaciones, con ciertas características, que más adelante se mencionan.

En el orden de la autonomía privada, los negocios jurídicos pueden ser *Inter vivos* y *mortis causa*, en ésta última se determina al testamento, y queda plenamente incluido en la categoría de negocio jurídico por el acto de testar, es decir, acto unilateral de voluntad, que es ejecutado libremente por el testador con el fin previsto y sancionado por el Derecho, de que la voluntad que ahí exprese va a tener precisamente, los efectos jurídicos que busca y quiere el testador.

La definición del testamento que maneja el Código Civil Vigente para el Distrito Federal en su artículo 1295 señala:

*“Testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte.”*²⁶

El testamento, según ha quedado expuesta su definición, es entonces, la expresión de un sujeto de derecho, que debe ser hecho sólo por él, y que a su vez lo puede revocar si éste no está de acuerdo con alguna cláusula o si definitivamente lo quiere cambiar totalmente, la voluntad debe ser enteramente libre, sin coacción alguna, y como lo expresa el artículo antes señalado, debe ser hecho por persona capaz, es decir, para juzgar la capacidad del testador se atenderá especialmente al estado en que se halle al hacer el testamento, asimismo el sujeto de testar puede en el acto hacer una transmisión de todos los bienes que éste disponga, así como derechos; y a su vez declara o cumple obligaciones que no se extinguen con la muerte, a sus herederos o legatarios; como por ejemplo la declaración de una paternidad, y en ésta hace cumplir una obligación alimenticia, para después de su muerte; se puede comprender al

²⁶ Código Civil para el Distrito Federal. Op. Cit. Pág. 142.

testamento en dos sentidos: como acto de última voluntad y como documento en que esta voluntad se encuentra.

De lo dicho en el párrafo anterior el licenciado Ignacio Galindo Garfias opina que, *“se desprende que el testamento (base de la sucesión testamentaria) es una declaración de voluntad del testador, sobre el destino y titularidad de los derechos y obligaciones adquiridas en vida por él, que se transfieren por virtud de ese acto de voluntad, a los herederos y legatarios en la forma y términos establecidos por el propio testador.”*²⁷

Desde el punto de vista del catedrático Rafael Rojina Villegas, la interpretación que éste le da al testamento es: *“Testamento es un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable y libre por el cual una persona capaz transmite sus bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte a sus herederos o legatarios, o declara y cumple deberes para después de la misma.”*²⁸

Si bien es cierto que esta definición no es igual a la del Código Civil para el Distrito Federal, ésta se asemeja en todas las formalidades que deben ser establecidas para el otorgamiento de un testamento, a diferencia que esta definición sigue los lineamientos de la transmisión hereditaria de derechos y obligaciones que a pesar de la muerte no se extinguen, dando paso a que sus herederos y legatarios puedan tener derechos sobre ésta.

Por lo tanto los elementos constitutivos del testamento en tal definición son:

- 1) El testamento es un acto jurídico unilateral;

²⁷ Galindo Garfias, Ignacio, Derechos Reales y Sucesiones, Primera Edición, Editorial Porrúa, México 2002. Pág. 194.

²⁸ Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Bienes Derechos Reales y Sucesiones, Tomo II, Trigésimo Quinta Edición, Editorial Porrúa, México 2003. Pág. 38.

- 2) Es personalísimo, revocable y libre;
- 3) Debe ser ejecutado por persona capaz, y
- 4) Tiene por objeto la transmisión de bienes, derechos y obligaciones que no se extingan por la muerte, o declara y cumple deberes.

El testamento es el más importante de los actos jurídicos del derecho privado, porque en él se dispone de todo el patrimonio o de una parte de él, por la trascendencia de los actos extrapatrimoniales que pueden contener, como lo es la declaración o cumplimiento de deberes para después de la muerte, como por ejemplo, el reconocimiento de un hijo; y porque, a diferencia de los demás actos jurídicos, produce siempre sus efectos cuando el autor ha fallecido.

El abogado José Arce y Cervantes al testamento lo define como: *"El acto de testar no es un solo acto del hombre. Es un acto humano en el sentido que la psicología y en la moral se da a esta expresión. Envuelve elementos que no son solamente jurídicos, sino también aquellos otros que influyen en el testador en el ámbito moral, religioso, sentimental, económico, de incertidumbre y de ignorancia."*²⁹

En este criterio se menciona el acto de testar como un acto humano, refiriéndose al ámbito moral, religioso y económico, esto a su vez se entiende como que el testador no sólo debe de regirse con lo jurídico sino también con sus principios morales, siendo honesto, íntegro y recto al plasmar su voluntad; así como respetando sus dogmas religiosos y económicos, alejando a la inseguridad e ignorancia, que se presenta al ser un acto humano.

Los elementos esenciales del testamento son la manifestación de voluntad y el objeto, que a continuación se explican.

²⁹ Arce y Cervantes, José. Op. Cit. Pág. 49.

Comenzando con la manifestación de la voluntad, es muy claro, si no hay una manifestación de voluntad, no hay testamento; esto puede entenderse en dos sentidos: falta absoluta de disposición testamentaria por cuanto que una persona manifieste haber hecho un testamento, y no se contenga en él ninguna disposición de las que la ley reconoce para este acto jurídico, de tal manera que sólo tenga de testamento el nombre o bien, puede no existir la manifestación de voluntad desde un punto de vista jurídico por tratarse de un enajenado mental, tiempo en el cual no puede manifestar su voluntad; de un sujeto en estado de ebriedad o bien de un menor de edad que conforme a nuestra legislación no tiene capacidad jurídica para la realización de este tipo de actos jurídicos.

La manifestación de voluntad, debe hacerse por el testador en forma clara y expresa, es decir, no se acepta una manifestación de voluntad tácita que se pretenda deducir de hechos, ni tampoco puede el testador manifestar su voluntad mediante señales o monosílabos contestando a las preguntas que se le hagan, como ejemplo en el contrato, *"acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones"*³⁰, ya que éste es un acto jurídico en el que puede existir una manifestación de voluntad expresa o tácita, en cambio en el testamento, no puede aceptarse ninguna manifestación tácita de la voluntad que se infiera de ciertos actos o bien de señas o respuestas a preguntas que se le hagan al testador cuando se encuentre imposibilitado para declarar claramente su voluntad.

El Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 1489 señala que:

*"Es nulo el testamento en que el testador no exprese cumplida y claramente su voluntad, sino por señales o monosílabos en respuesta a las preguntas que se le hacen"*³¹.

³⁰ Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Contratos, Tomo IV, Decimoctava Edición, Editorial Porrúa, México. D.F. 1987. Pág. 7.

³¹ Código Civil para el Distrito Federal. Op. Cit. Pág. 159.

Este artículo indica que, en el caso de que el testador se encuentre sin poder decir palabra alguna, pero si pueda expresarse mediante señales o monosílabos, esto es deletrear la palabra o palabras que quiera decir al momento en que se le pregunte algo, si se encuentra en posibilidad de hacer su testamento conforme a la ley.

Considerando como la nulidad del testamento se puede dar por ciertos factores, el Autor Guillermo Borda se refiere a la nulidad como: *“La nulidad puede fundarse en un defecto de forma, en la incapacidad del testador o del beneficiario, en los vicios de la voluntad del testador, en la indeterminación del beneficiario o del objeto del legado en la falta de causa, en la delegación de la designación del beneficiario.”*³²

El segundo elemento esencial es el objeto, para el testamento se ha dicho que el objeto puede consistir en la institución de herederos o legatarios o en la declaración o cumplimiento de deberes o ejecución de determinados actos jurídicos, por consiguiente, el testamento tiene un objeto variado, diverso; no es menester que se reúnan estos distintos aspectos del objeto en el testamento, basta con que exista alguno de ellos para que haya testamento, es decir, el testamento existe por la simple institución de herederos o legatarios o bien puede faltar ésta, si el testador ejecuta otros actos jurídicos, como reconocimiento de hijos, designación de tutor, finalmente, puede existir el testamento para reconocimiento de ciertos deberes a efecto de que se ejecuten después de su muerte.

A pesar de esta naturaleza compleja en el objeto del testamento, la ley regula el objeto principal, o sea la institución de herederos y legatarios; ya que normalmente se supone que todo testamento tiene disposición de bienes y, por consiguiente, institución de herederos o legatarios; tomando en cuenta que esa es la situación de un testamento regular, el legislador reglamenta este elemento a través de su manifestación principal, pero admite la posibilidad de que el objeto en el testamento

³² Borda Guillermo, A., Manual de Derecho Civil Sucesiones, Décima Edición, Editorial Perrot, Buenos Aires Argentina. Pág. 491.

pueda ser diverso y que exista a pesar de que no haya institución de herederos o legatarios.

De acuerdo a lo expresado anteriormente el artículo 1378 del Código Civil para el Distrito Federal dice:

*"El testamento otorgado legalmente será válido, aunque no contenga institución de heredero y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar."*³³

Con este criterio, no se tiene duda alguna de que el objeto del testamento no necesariamente debe de ser el heredero o legatario, también puede ser una declaración de deberes y obligaciones, al ser un testamento que tiene un objeto variado y diverso, no sólo se tiene que enfocar a las personas con derecho a heredar, ya que como se ha mencionado, con la simple manifestación de una voluntad se tiene por objeto lo plasmado en el testamento.

Consultando diversos autores al estudiar a el abogado Español Antonio Cicu, al referirse al testamento comenta que: *"El testamento es un acto revocable por el que alguno dispone, para el tiempo en que habrá dejado de vivir, de todos sus propios bienes o de parte de ellos."*³⁴

Al analizar esta definición, se aprecian tres elementos del testamento, la revocabilidad, la disposición para el tiempo de la muerte y la referencia de bienes propios; estos se pueden heredar en parte o totalmente; comparando a la figura testamentaria que define el Código Civil Mexicano para el Distrito Federal, sólo se puede apreciar en común la revocabilidad y la disposición de bienes, careciendo de los demás elementos primordiales de un testamento, éste autor no menciona a los herederos o legatarios, como también carece de la declaración de derechos y

³³ Código Civil para el Distrito Federal. Op. Cit. Pág. 151.

³⁴ Cicu, Antonio. Op. Cit. Pág. 9.

obligaciones para después de la muerte, dejando a la deriva su formalidad y solemnidad que debe de tener un testamento.

Desde el punto de vista del autor Edgar Baqueiro, y para tener un panorama más amplio acerca de este concepto éste define al testamento como: *"Por testamento debemos entender al 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."*³⁵

El concepto antes mencionado, trata de precisar como el testamento sigue los lineamientos jurídicos esenciales y formales que debe de tener éste, aunque algunos no se mencionan en la definición que el Código Civil para el Distrito Federal proporciona; el autor antes mencionado comenta que el testamento es un acto jurídico unilateral, es decir, designa una operación jurídica, y un documento probatorio, destinado a demostrar alguna cosa, siendo unilateral bastando la expresión de la voluntad del autor; por lo que debe ser personalísimo el acto de testar ya que esto estriba en que sólo el autor en persona puede manifestar su voluntad, concurriendo con la solemnidad que al hacerlo, se requiere de la intervención de un funcionario público, cuya persona es el notario, manifestando sus deseos de disponer y delegar derechos y obligaciones para cuando este ya no exista.

Los requisitos de validez del testamento son los siguientes:

"a) Capacidad intelectual del testador, y b) Capacidad de los herederos y legatarios para asumir la titularidad del patrimonio, heredado, en parte correspondiente a cada uno de ellos."³⁶

³⁵ Baqueiro Rojas, Edgar, Derecho de Familia y Sucesiones, Editorial Harla, México D.F. 1990. Pág. 275.

³⁶ Galindo Garfias, Ignacio. Op. Cit. Pág. 195.

En nuestro Código civil vigente para el Distrito Federal la capacidad de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, en el caso de la capacidad para testar, es sustentada a todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente en el ejercicio de su derecho, se adquiere a la edad de dieciséis años; debe de entenderse cabal capacidad mental, independientemente de la mayoría de edad la cual se adquiere a los dieciocho años cumplidos, es decir no se necesita ser mayor de edad para poder tener capacidad para testar; en cuanto a la capacidad para heredar, todos los habitantes del Distrito Federal, de cualquier edad que sean, tienen capacidad para heredar, y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto.

En los testamentos existen ciertas disposiciones aplicables en general, las cuales son:

- a) En el testamento no pueden testar, en el mismo acto dos o más personas, en provecho recíproco, o a favor de un tercero; con esto se comprende que por ningún motivo se puede testar en un mismo acto, como sucede con el Testamento Público Simplificado, que al estar el testador casado por sociedad conyugal y éste puede testar en él al mismo tiempo que su cónyuge, se puede dar el caso de un testamento mancomunado.

- b) Ni la subsistencia del nombramiento del heredero o de los legatarios, ni la designación de las cantidades que a ellos corresponda, pueden dejarse al arbitrio de un tercero, como por ejemplo un representante.

- c) Cuando el testador deje como herederos o legatarios a determinadas clases formadas por el número ilimitado de individuos, tales como los pobres, los huérfanos, los ciegos, etc., puede encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje para ese objeto y la elección de las personas a quienes deban aplicarse.

- d) El testador puede encomendar a un tercero que haga la elección de los actos de beneficencia o de los establecimientos públicos o privados a los cuales deban aplicarse los bienes que legue con ese objeto, así como la distribución de las cantidades que a cada uno correspondan.
- e) La disposición hecha en términos vagos a favor de los parientes del testador, se entenderá que se refiere a los parientes más próximos, según el orden de la sucesión legítima.
- f) Las disposiciones hechas a título universal o particular no tienen ningún efecto cuando se funden en una causa expresa, que resulte errónea, si ha sido la única que determinó la voluntad del testador.
- g) Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de las palabras, a no ser que aparezca con manifiesta claridad que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda sobre la inteligencia o interpretación de una disposición testamentaria, se observará lo que parezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del testamento y la prueba auxiliar que a este respecto pueda rendirse por los interesados.
- h) Si un testamento se pierde por un evento ignorado por el testador, o por haber sido oculto por otra persona, podrán los interesados exigir su cumplimiento si demuestran plenamente el hecho de la pérdida o de la ocultación, logran igualmente comprobar lo contenido en el mismo testamento y que en su otorgamiento se llenaron todas las formalidades legales.
- i) La expresión de una causa contraria a derecho, aunque sea verdadera, se tendrá por no escrita.

Con todos estos preceptos se aprecian las disposiciones legales que el Código Civil para el Distrito Federal señala para que en el testamento hayan normas

que rijan su elaboración e interpretación, que se le de al mismo, alejando a los vicios que puedan existir en el otorgamiento de un testamento.

En este caso la interpretación, es obvio que se acoge la teoría de la voluntad interna o de la autonomía de la voluntad externa declarada, señalando como principio sustancial el respeto a la voluntad declarada por el testador, la que se tratará de investigar por todos los medios posibles, debiendo a ello darse toda preferencia, y no obstante que en todo testamento, como ha quedado dicho, debe de manifestarse en forma cumplida, clara y expresa la voluntad del testador, pueden presentarse problemas de interpretación, la ley fija estas normas legales para que no haya interpretaciones en términos vagos o que contengan vicios de la voluntad.

La nulidad de los testamentos surte efecto cuando:

- 1) La institución de heredero o legatario es hecha en memorias o comunicados secretos, éstas son muy parecidas a los testamentos ológrafos actuales, modificaban un testamento o lo aclaraban, podía el testador, en alguna cláusula, remitirse a algún escrito simple, ordenando se tuviera como parte de su testamento y a ese escrito se le llamaba memoria testamentaria.
- 2) El testamento que haga el testador bajo la influencia de amenazas contra su persona o sus bienes, o contra la persona o bienes de su cónyuge, o sus parientes.
- 3) El testador que se encuentre en el caso anterior de sentirse amenazado, luego que cese la violencia o disfrute de la libertad completa, revalidar su testamento con las mismas solemnidades que si lo otorgara de nuevo, de lo contrario será nula la revalidación.
- 4) El testamento captado por dolo o fraude, como por ejemplo en el primero, esto es en el caso de que haya alguna coacción para cambiar la última voluntad del

testador; en el segundo caso podría ser si una persona falsifica el testamento y lo presenta como la última voluntad del testador.

- 5) El juez que tuviere noticia de que alguno impide a otro testar, se presentará sin demora en la casa del segundo para asegurar el ejercicio de su derecho, y levantará el acta en que haga constar el hecho que ha motivado su presencia la persona o personas que causen la violencia y los medios que al efecto hayan empleado o intentado emplear y si la persona cuya libertad ampara hace uso de su derecho.
- 6) Es nulo el testamento en que el testador no exprese cumplida y claramente su voluntad, sino sólo por señales o monosílabos en respuesta a las preguntas que se le hacen.
- 7) El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que éste deba ser nulo conforme a la ley.
- 8) El testamento es nulo cuando se otorga en contravención a las formas prescritas por la ley.
- 9) Son nulas la renuncia del derecho de testar y la cláusula en que alguno se obligue a no usar de ese derecho, sino bajo ciertas condiciones, sean éstas de la clase que fueren.
- 10) La renuncia de la facultad de revocar el testamento es nula.

Respecto a los efectos de nulidad, *"Son aplicables las reglas relativas a los actos jurídicos en general, pero cabe destacar que, mientras en los contratos la regla es que la nulidad de una cláusula trae aparejada la de todo el acto, en los*

*testamentos no ocurre lo mismo pues tratándose de cláusulas separadas la invalidez de una no afecta a las restantes."*³⁷

3.1.1.- CARACTERISTICAS

En el testamento hay ciertos elementos que se desprenden de su definición legal y son:

- a).- El testamento es un acto jurídico unilateral;
- b.- Personalísimo;
- c).- Libre;
- e).- Realizado por persona capaz; y
- f).- Que tiene por objeto disponer de los bienes y derechos el autor y declarar o cumplir deberes para después de su muerte.

3.1.2.-ACTO JURÍDICO

EL testamento es también un acto jurídico formal, por los requisitos de formalidad que debe llenar para que sea válido.

³⁷ Borda Guillermo, A., Op. Cit. Pág. 491.

Para poder comprender el principio aludido del presente apartado, es necesario hacer la comparación que hay entre acto jurídico y hecho jurídico, ahora bien, el acto jurídico se define como una manifestación de voluntad que se realiza con el objeto de producir determinadas consecuencias de derecho, como lo es el testamento, al realizarse por una manifestación de la voluntad que producirá consecuencias jurídicas a la muerte del testador; y el hecho jurídico es aquel que puede ser natural o del hombre, es decir en los hechos naturales siempre se parte de un fenómeno de la naturaleza relacionado o no con el hombre, como lo es el nacimiento, la muerte, el cambio de cause de un río o el nacimiento de una isla; para comprender la comparación entre ambos principios sólo basta decir que el acto jurídico debe ser un fenómeno totalmente voluntario con el objeto de producir determinadas consecuencias de derecho y el hecho jurídico es involuntario o contra la voluntad.

En la terminología jurídica la palabra acto jurídico, tiene dos sentidos diferentes; en algunas ocasiones designa una operación jurídica, correspondiendo entonces a la palabra latina *negotium*; otras veces, designa un documento probatorio, destinado a demostrar alguna cosa, respondiendo en este caso, al término latino *instrumentum*, por ejemplo denotemos a los documentos notariales o privados en los que se hacen constar tales operaciones, son actos instrumentales.

La definición que el jurisconsulto Rafael Rojina Villegas, brinda en relación al acto jurídico es la siguiente:

*"El acto Jurídico es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico."*³⁸

Conforme a este criterio, se puede determinar que, en todo acto jurídico se encuentra una manifestación de voluntad, es decir, la exteriorización de un

³⁸ Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia, Tomo I Vigésima Primera Edición, Editorial Porrúa, México 1986. Pág.115.

propósito que puede efectuarse por una declaración de voluntad, o bien, por actos que revelen en el sujeto la intención de llevar a cabo acciones que el derecho reconoce y a las cuales imputa determinadas consecuencias.

Cuando una persona dotada de derechos y obligaciones desea plasmar su voluntad para después de la muerte, ésta debe de hacer un testamento el cual es un acto jurídico, ya que se realiza con un notario en un instrumento público, con absolutamente toda la formalidad que procura un acto jurídico.

Los elementos de validez del acto jurídico son:

Que tenga un fin, motivo, objeto y condición lícitos; de manera que todo acto necesita ser lícito en todas sus manifestaciones para que el derecho lo ampare y proteja, otorgándole consecuencias jurídicas.

Que toda voluntad se exteriorice con las formalidades legales.

Que esa voluntad sea expresada en forma libre y cierta, y sin vicio legal alguno, como lo es el error, el dolo, la violencia o lesión.

Que la voluntad sea otorgada por persona capaz.

3.1.3.- UNILATERAL

Siendo que los actos jurídicos pueden ser unilaterales o bilaterales dependiendo para su eficacia de una sola voluntad o de la concurrencia de estas, el

testamento es un acto jurídico unilateral por que solo requiere la voluntad del testador para producir los efectos jurídicos que se buscan por dicho acto.

El testamento es un acto jurídico como ya se ha mencionado, porque constituye la expresión de la voluntad del autor; manifestada con la intención de producir consecuencias de derecho, ahora bien es unilateral, reiterando, porque basta la expresión de la voluntad del autor sujeta a las formalidades y a los requisitos que la ley establece, para que adquiera existencia y validez, sin que sea necesaria y aún excluyendo totalmente el acuerdo o la concurrencia de otras las voluntades. Si el heredero acepta o repudia la herencia; el testamento producirá o dejará de producir los efectos deseados por el autor; sin que por ello se afecten su existencia y su validez.

3.1.4.- PERSONALISIMO

El carácter personalísimo que se le da al testamento estriba en que sólo el autor en persona puede otorgar o manifestar su voluntad a través de las instituciones testamentarias correspondientes, éste no puede valerse de apoderado, ni puede dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento del heredero o de los legatarios, ni la designación de las cantidades a que ellos correspondan, sin embargo, cuando el testador deje como herederos o legatarios a determinadas clases sociales formadas por número ilimitado de individuos, tales como los pobres, los huérfanos, los ciegos, etc., el testador puede encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje para ese objeto y la elección de las personas a quienes deban aplicarse; también puede encomendar a un tercero que haga la elección de los actos de beneficencia o de los establecimientos públicos o privados a los cuales deban aplicarse los bienes que legue con ese objeto, así como la distribución de las cantidades a que cada uno correspondan, por último debe entenderse que la

disposición hecha en términos vagos a favor de los parientes del testador se refiere a los parientes más próximos, según el orden de la sucesión legítima.

Por lo tanto, al examinar esta cuestión de que el testamento debe de ser un acto personalísimo, no implica que el testador no pueda o no deba ser asesorado por un profesional para que sea redactado de la mejor manera como es el caso del notario.

Toda vez que al estudiar nuestro tema de estudio, y al analizar el principio del testamento al ser personalísimo, es cuestionable como el Testamento Público Simplificado se presta a que sea un testamento mancomunado, ya que sale totalmente de la formalidad de un testamento dejando atrás el acto personalísimo que debe de tener un testamento, ya que cuando un acto tan formal se hace bilateral pierde totalmente su formalidad y credibilidad de ser personalísimo, como se demostrará en los siguientes capítulos.

3.1.5.- REVOCABLE

La revocabilidad del testamento es también característica esencial y significa que, en cualquier momento hasta antes de la muerte, puede el testador hacer uso del derecho de revocación, modificación o dejando sin efectos total o parcialmente, las disposiciones testamentarias anteriores. En consecuencia, es absolutamente nulo cualquier pacto o convenio por el cual se restrinja o limite de cualquier modo esa facultad.

El testamento dentro de sus características esenciales contempla a la revocación que por ser de origen público es un derecho irrenunciable de tal manera

que "no puede el testador celebrar pacto o convenio por el cual renuncie a la facultad que tiene de revocar el testamento, pues tal pacto no solo cuando implica renuncia, sino restricción o modificación, es inexistente por una imposibilidad jurídica."³⁹

La revocación puede ser expresa o tácita; es expresa cuando así se manifiesta; es tácita cuando se hace un nuevo testamento que por sí sólo implica la revocación del anterior, a no ser que el testador declare que subsiste el primero o que subsiste con determinadas modificaciones.

Las formalidades anteriormente citadas, se acreditan de la siguiente manera de acuerdo con el Código Civil para el Distrito Federal:

"Artículo 1493: La renuncia de la facultad de revocar el testamento es nula.

Artículo 1494: El testamento anterior queda revocado de pleno derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte.

Artículo 1495.- La revocación producirá su efecto aunque el segundo testamento caduque por la incapacidad o renuncia del heredero o de los legatarios.

*Artículo 1496.- El testamento anterior recobrará, no obstante, su fuerza, si el testador, revocando el posterior, declara ser su voluntad, que el primero subsista."*⁴⁰

La ley presupone la revocación del testamento anterior por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte. Así lo establece el artículo 1494 ya descrito, cuyo texto debe de ser interpretado en el sentido de que el testamento posterior al que se refiere puede ser otorgado en cualquiera de las formas que la ley permite según el caso en que se

³⁹ Rojina Villegas, Rafael, Tomo II, Op. Cit. Pág. 388.

⁴⁰ Código Civil para el Distrito Federal, Op. Cit. Pág. 160.

encuentre el testador, y que no hay ningún motivo para suponer que el testamento posterior deba revestir la misma forma que el anterior.

A lo manifestado hasta el momento, así como los testamentos pueden ser nulos también existe la facultad para que el testador pueda revocarlos, y es el caso de que, si se tiene la necesidad de realizar uno nuevo el testamento anterior queda revocado de pleno derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de aquél subsista en todo o en parte.

3.1.6.- LIBRE

El testamento es un acto libre y por lo tanto, carece de validez cualquier limitación convenida expresa o implícitamente. El testador no puede obligarse a no testar o a testar en determinadas condiciones. Por este motivo, la ley prohíbe el testamento mutuo en el cual y dentro del mismo acto, dos o más personas testan en provecho recíproco o a favor de un tercero. Por la misma razón no está permitido el testamento colectivo en el que varias personas testan en común acuerdo y en cumplimiento de un pacto expreso o tácito celebrado entre ellas.

La libertad de testar excluye también la posibilidad de hacerlo validamente bajo la influencia de amenazas contra la persona o los bienes del autor, de su cónyuge o de sus parientes u obligado por la violencia o por la privación o restricción de la libertad o presionado por cualquier otro medio empleado o que se hayan intentado emplear. El testamento hecho en estos casos es nulo y el testador podrá luego que cese la violencia o disfrute de completa libertad revalidar su testamento precisamente con las mismas solemnidades que si lo otorgara de nuevo, pues de lo contrario será nula la revalidación.

Para garantizar la libertad que tiene del testador para otorgar su testamento el artículo 1488 dispone que el juez que tuviere noticia de que alguno impide a otro hacerlo, se presentará sin demora en la casa de éste último para asegurar el ejercicio de su derecho y levantará acta en que haga constar el hecho que haya motivado su presencia, la persona o personas que causen la violencia y los medios que al efecto hayan empleado o intentado emplear y si la persona cuya libertad ampara hace uso de su derecho a testar.

La ley prohíbe el testamento mutuo porque en él se cumple una obligación recíproca, y esto es lo que resultaría inadmisibles, porque supone la supresión de la libertad de testar, convirtiéndola en el cumplimiento de una obligación.

De este modo se concibe que el testamento es un acto libre, ya que nadie puede forzar al testador a expresar algo contrario a su voluntad, siendo así él va a disponer sobre sus bienes y derechos y declare o cumpla deberes y obligaciones.

De lo anteriormente narrado, queda ahora por considerar un acierto de nuestro Código Civil para el Distrito Federal, al establecer la libertad de testar, ya que las personas gozan del derecho de disponer de sus bienes libremente, y si una persona es libre para tener disponibilidad en vida de todos sus bienes como mejor le parezca, me parece lógico establecer ese mismo criterio después de la muerte.

3.1.7.- SOLEMNE

La solemnidad es un elemento ineludible para realizar un acto jurídico como lo es el testamento, para esto la importancia social o económica de ciertos actos

impone la necesidad de que su exteriorización se realice con determinados ritos que son condición de su existencia.

A fin de tener un mejor entendimiento de lo que es la solemnidad el Licenciado en derecho Manuel Bejarano Sánchez comenta, *"que la manera de realizar el acto es un elemento constitutivo del mismo; si esa forma ritual de celebración falta, el acto no llega a existir: es inexistente. Es así, una verdadera solemnidad que complementa el acto; es un elemento necesario para su creación."*⁴¹

Este elemento o característica, no está mencionado en la definición del testamento que señala el Código Civil para el Distrito Federal, y es preciso razonar esta definición, y se entiende por solemnidad: a aquella forma de los actos jurídicos que se exige no *ad probationem* que simplemente son una forma de valer, sino que se requiere *ad solemnitatem*, para que el acto tenga existencia como tal o sea, forma de ser, en este caso la forma dá el ser.

En esta enunciación el testamento obligatoriamente necesita de esta solemnidad, y el Código Civil usa ésta expresión al hablar de la forma de actos de última voluntad, señalando la falta de solemnidad de algunas de sus disposiciones, al momento de plasmar la voluntad en el testamento éste quedará sin efecto, ya que como se ha mencionado son aquellos actos en los que debe observarse una formalidad especial y por escrito, otorgándose ante un notario, bajo la sanción de inexistencia si no se cumple, y en este caso el notario será el responsable de los daños y perjuicios e incurrirá, a demás, en la pena de pérdida de oficio.

Ejemplificando un caso de acto solemne es el testamento, ya que éste se consagra en declaraciones unilaterales de voluntad, para la existencia del acto se requiere de un documento que cumpla con una serie de menciones y declaraciones precisadas por ley; ya que su realización requiere de la intervención de un funcionario

⁴¹ Bejarano Sánchez, Manuel, Obligaciones Civiles, Tercera Edición, Editorial Harla, México 1992. Pág.79.

público, en este caso lo es el notario, el cual asienta en su protocolo, la voluntad del testador, creando así un acto solemne.

De la breve semblanza que se acaba de describir al respecto el Licenciado Froylan Bañuelos Sánchez interpreta que los actos solemnes *“son aquellos en los que debe observarse una formalidad especial y por escrito, otorgándose ante funcionario determinado, bajo la sanción de inexistencia si no se cumple.”*⁴²

Los actos jurídicos en los cuales debe de intervenir la solemnidad por mencionar algunos son por ejemplo el matrimonio, el nacimiento o la adopción, ya que de los mismos se desprende una formalidad especial y por escrito.

3.2.- TESTAMENTO ORDINARIO

En cuanto a la forma del testamento el Código Civil para el Distrito Federal, dispone de dos especies de testamento que son los ordinarios y los especiales.

Los testamentos de tipo ordinario, son los que se pueden hacer por todas las personas capaces independientemente de sus circunstancias especiales, salvo contadas excepciones.

Siguiendo los lineamientos a exponer, se abordará primeramente a los ordinarios, estos tipos de testamento tienen a garantizar la autenticidad de la voluntad y el secreto de la disposición cuando así lo desea el testador, ya que estos

⁴² Bañuelos Sánchez, Froylan, De la Interpretación de los Contratos y de los Testamentos, Segunda Edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1979, Pág. 40.

testamentos son públicos, y son actos solemnes, puesto que han de otorgarse necesariamente ante la figura imprescindible de un notario; la Ley del Notariado para el Distrito Federal precisa en su artículo 42.- *"Notario es el profesional del derecho investido de fe pública por el Estado, y que tiene a su cargo recibir, interpretar, redactar y dar forma legal a la voluntad de las personas que ante él acuden, y conferir autenticidad y certeza jurídicas a los actos y hechos pasados ante su fe, mediante la consignación de los mismos en instrumentos públicos de su autoría.*

*El Notario conserva los instrumentos en el protocolo a su cargo, los reproduce y da fe de ellos. Actúa también como auxiliar de la administración de justicia, como consejero, árbitro o asesor internacional, en los términos que señalen las disposiciones legales relativas."*⁴³

Para precisar la intervención de un notario ante los testamentos es necesario contar con la certidumbre jurídica del cual el mismo representa y de la fe del cual esta investido, ya que al ser actos solemnes, no se puede prescindir de tan importante figura que interpreta, da autenticidad y certeza jurídica a un acto tan importante como lo es un acto de última voluntad como lo es el testamento, por esto y para efecto de la plera validez y eficacia del acto en los testamentos, se señalan a continuación, y son:

⁴³ Ley del Notariado para el Distrito Federal, Compendio de Leyes, reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia, Agenda Civil del D.F. 2004. Pág.10.

3.2.1.- PUBLICO ABIERTO

El testamento Público Abierto es el que más se imprime en los protocolos de una notaría, éste como ha quedado entendido se otorga ante un funcionario público llamado notario.

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

Es abierto porque la voluntad del testador es conocida tanto del notario como de los testigos en su caso.

En este instrumento notarial el testador expresará de modo claro y terminante su voluntad al notario. El notario redactará por escrito las cláusulas del testamento sujetándose estrictamente a la voluntad del testador y las leerá en voz alta para que éste manifieste si está conforme, si lo estuviere, firmarán la escritura el testador, el notario y, en su caso los testigos y el interprete, asentándose el lugar, año, mes día y hora en que se hubiere otorgado.

Cuando el notario o el testador soliciten a los testigos, estos serán dos y deberán concurrir al acto de otorgamiento y firmar el testamento; estos testigos también podrán intervenir como testigos de conocimiento; así como cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento, uno de los testigos firmará a ruego del testador y éste imprimirá su huella digital.

El testador que fuere enteramente sordo, pero sepa leer, deberá dar lectura a su testamento; si no supiere o no pudiese hacerlo, designará una persona que lo lea a su nombre.

Cuando el testador sea ciego, o no pueda o no sepa leer, se dará lectura al testamento dos veces, una por el notario, y otra en igual forma, por uno de los testigos u otra persona que el testador designe.

Cuando el testador ignore el idioma del país, si puede escribirá su testamento que será traducido al español por el intérprete; la traducción se transcribirá como testamento en el respectivo protocolo y el original, firmado por el testador, el intérprete y el notario que intervenga en el acto.

Si el testador no puede o no sabe escribir, el intérprete escribirá el testamento que dicte aquél, y leído y aprobado por el testador, se traducirá al español por el intérprete que debe concurrir al acto, hecha la traducción se procederá como dispone, en el párrafo anterior.

Si el testador no puede o no sabe leer, dictará, en su idioma el testamento al intérprete. Traducido éste, se sujetará estrictamente a la voluntad del testador como lo dispuso al realizar su testamento.

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

Las formalidades expresadas en este testamento se practicarán en un solo acto que comenzará con la lectura del testamento y el notario dará fe de haberse llenado aquellas.

Faltando alguna de las referidas solemnidades, quedará el testamento sin efecto y el notario será responsable de los daños y perjuicios que incurrirá además, en la pena de pérdida de oficio.

Examinando este Testamento Público Abierto, se aprecia que en cuanto a su declaración de la voluntad se hace oralmente, éste es nuncupativo; así como

también tiene ciertas ventajas ya que este testamento lo pueden otorgar quienes no saben leer o escribir ayudados por testigos, igualmente el testador que ignore el idioma del país, asistido por un interprete el cual a su ruego lo traducirá y después se plasmará en el protocolo del notario; por otra parte el Testamento Público Abierto tiene todas las garantías que al caso presta la competencia, probidad y la responsabilidad del notario, ya que el notario será responsable de los daños y perjuicios que se susciten en el momento de testar si en éste falta la formalidad que se requiere al realizar un acto notarial, ya que este tipo de documento tiene toda la fuerza probatoria de los documentos auténticos.

En cuanto a probidad y rectitud que el notario debe de observar al realizar un Testamento Público Abierto, con una persona que no sepa leer el autor Julio Antonio García Amor comenta que: *"Este tipo de testamento se llevara en un solo e interrumpido acto y el notario tiene que estar muy atento al caso específico de que se trate, pues pudiera el testador no saber escribir, lo cual es común, por lo que tendrá el notario que implementar el acta con una persona adicional que firmará a ruego del testador. Esta persona adicional tendrá que ser, diríamos, un cuarto testigo, aunque la ley no lo toma así; sin embargo, si es uno de los testigos el que no sabe firmar, entonces sí pudiera firmar otro testigo a ruego del mismo."*⁴⁴

En definitiva en el Testamento Público Abierto se alcanzan plenamente los objetivos de las disposiciones relativas a la probidad y solemnidades, ya que lleva consigo la observancia minuciosa que requiere un documento para que cumpla con una serie de menciones y declaraciones precisadas por ley.

⁴⁴ García Amor, Julio Antonio, El Testamento, Editorial Trillas, Segunda Edición, México 2000. Pág. 81.

3.2.2.- PUBLICO CERRADO

Se dice público porque intervendrá un notario público, y éste testamento se dice cerrado porque por así convenir a los intereses del testador seguramente es su deseo que el contenido del testamento esté en sobre cerrado sin que lo conozcan sus beneficiarios hasta después de su muerte, es por esto que también es llamado místico o secreto, porque los mismos no saben de su contenido hasta su apertura .

El Testamento Público Cerrado puede ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego, y en papel común.

El testador debe rubricar todas las hojas y firmar al calce del testamento; pero si no supiere o no pudiere hacerlo, podrá rubricar y firmar por él otra persona a su ruego; mismo que tendrá que concurrir con el testador a la presentación del pliego cerrado, y en este acto el testador declarará que aquella persona rubrico y firmó en su nombre, y ésta firmará en la cubierta con los testigos y el notario.

El papel en que esté escrito el testamento o que le sirve de cubierta deberá estar cerrado y sellado, o lo hará cerrar y sellar el testador en el acto del otorgamiento, y lo exhibirá al notario en presencia de tres testigos.

El testador al hacer la presentación, declarará que en aquel pliego está contenida su última voluntad.

El notario dará fe del otorgamiento, con expresión de las formalidades requeridas en los artículos anteriores; esa constancia deberá extenderse en la cubierta del testamento y deberá ser firmada por el testador, los testigos y el notario, quién además, pondrá su sello.

Si alguno de los testigos no supiere firmar se llamará a otra persona que lo haga en su nombre y en su presencia de modo que siempre haya tres firmas.

Si al hacer la presentación del testamento no pudiese firmar el testador, lo hará otra persona en su nombre y en su presencia, no debiendo hacerlo ninguno de los testigos.

Sólo en los casos de suma urgencia podrá firmar uno de los testigos, ya sea por el que no sepa hacerlo, o ya sea por el testador. El notario hará constar expresamente esta circunstancia, bajo la pena de suspensión de oficio por tres años.

Los que no saben o no pueden leer, son inhábiles para hacer testamento cerrado.

El sordomudo podrá hacer testamento cerrado con tal que esté todo él escrito, fechado y firmado de su propia mano, y que al presentarlo al notario, ante cinco testigos, escriba en presencia de todos sobre la cubierta que en aquél pliego se contiene su última voluntad y va escrita y firmada por él. El notario declarará en el acta de la cubierta que el testador lo escribió así.

El testamento cerrado que carezca de alguna de las formalidades sobre dichas quedará sin efecto, y el notario será responsable como ya se ha mencionado.

Cerrado y autorizado el testamento, se entregará al testador, y el notario pondrá razón en el protocolo del lugar, hora, día, mes y año en el que el testamento fue autorizado y entregado.

El testador podrá conservar el testamento en su poder, o darlo en guarda a persona de su confianza o depositarlo en el Archivo Judicial.

El testador que quiera depositar su testamento en el Archivo Judicial, se presentará con él ante el encargado de éste, quien hará asentar en el libro que con ese objeto debe llevarse, una razón del depósito o entrega, que será firmada por dicho funcionario y el testador, a quién se le dará una copia autorizada.

El testador puede retirar, cuando le parezca, su testamento, pero la devolución se hará con las mismas solemnidades que la entrega.

El poder para la entrega y para la extracción del testamento debe otorgarse en escritura pública, y esa circunstancia se hará constar en la nota respectiva.

Luego que el juez reciba un testamento cerrado, hará comparecer al notario y a los testigos que concurrieron a su otorgamiento.

El testamento cerrado no podrá ser abierto sino después de que el notario y los testigos instrumentales hayan reconocido ante el juez sus firmas y la del testador o de la persona que por éste hubiere firmado y hayan declarado si en su concepto está cerrado y sellado como lo estaba en el acto de la entrega.

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

Si por iguales causas no pudieren comparecer el notario, la mayor parte de los testigos o ninguno de ellos, el juez lo hará constar así por información, como también la legitimidad de las firmas y que en la fecha que lleva el testamento se encontraban aquéllos en el lugar donde se otorgó; cumpliendo con lo establecido el juez decretará la publicación y protocolización del testamento.

El testamento cerrado quedará sin efecto siempre que se encuentre roto el pliego interior o abierto el que forma la cubierta, o borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo autorizan, aunque el contenido no sea vicioso.

Toda persona que tuviere en su poder un testamento cerrado y no lo presente, como anteriormente se expuso, o lo sustraiga dolosamente de los bienes del finado, incurrirá en la pena, si fuere heredero por intestado, de pérdida de derecho que pudiera tener, sin perjuicio de la que corresponda conforme al Código Penal.

Las características de formalidad del testamento son muy simples, y se resumen en tres puntos:

- 1) Es un testamento escrito, en papel común, rubricado, que estará firmado también en la cubierta por el testador, tres testigos, excepcionalmente por cinco testigos y por el notario. El testador le manifestará al notario que en ese sobre se encuentran sus últimas disposiciones.
- 2) El notario levantará un acta de la cual mandará una copia a su apéndice y entregará el testamento, en sobre cerrado, autorizado y debidamente sellado y firmado, al testador quién podrá guardarlo o darlo a alguna persona de su confianza o bien llevarlo para su custodia al Archivo General de Notarias o al Archivo Judicial.
- 3) El testamento tendrá que ser abierto por los familiares del testador o por quienes se presuman herederos, frente a un juez competente a donde concurrirán con el notario los tres testigos que firmaron en la cubierta, y así todos incluyendo al notario, reconocerán sus firmas frente al juez, quién finalmente declara la validez de dicho testamento.

Derivado de lo anterior descrito, el Testamento Cerrado es sin duda el acto por el cual el testador redacta personalmente o es redactado por otra persona a su ruego, y éste se presenta en un sobre cerrado ante el notario quien a su vez hace

constar su existencia y autenticidad en el protocolo y sobre que contiene el testamento, éste lo devolverá al testador quién lo conservará o lo depositará en persona de confianza o del Archivo Judicial.

Este testamento recibe su nombre del hecho de que su contenido sólo es conocido del autor y de la persona que lo redactó si es su caso, y del hecho de autenticada su existencia por la fe notarial.

Ahora bien en este testamento se tiene la garantía de que el notario y los testigos reciben la última voluntad en un pliego cerrado, y por ende la desconocen; también se tiene la certeza de que la persona que no sabe o no puede leer, de ningún modo podrá ser sujeto a la realización de este testamento, ya que evidentemente los que no pueden leer no pueden comprobar por sí mismos la exactitud de su declaración.

3.2.3.- PUBLICO SIMPLIFICADO

El Testamento Público Simplificado, objeto de la presente investigación, surgió por iniciativa de decreto propuesta por el expresidente Lic. Carlos Salinas de Gortari, mismo que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación, el día 6 de enero de 1994, adicionándose el Capítulo III Bis, y el artículo 1549 Bis al Código Civil para el Distrito Federal; por lo que respecta al mismo, es un testamento de tipo ordinario se otorga ante un Notario Público, el cual para que proceda el otorgamiento del mismo, debe de tener ciertas características, es un testamento en el cual, se facilita su tramitación porque en el mismo instrumento notarial se puede escriturar la adquisición del inmueble.

Por lo tanto, el Testamento público simplificado es aquél que se otorga ante notario respecto de un inmueble destinado o que vaya a destinarse a vivienda por el adquirente en la misma escritura que consigne su adquisición o en la que se consigne la regularización de un inmueble que lleven a cabo las autoridades del Distrito Federal o cualquier dependencia o entidad de la Administración Pública Federal, o en acto posterior, de conformidad con lo siguiente:

- I. Que el precio del inmueble o su valor de avalúo no exceda del equivalente a 25 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal elevado al año, al momento de la adquisición. En los casos de regularización de inmuebles que lleven a cabo las dependencias y entidades a que se refiere el párrafo anterior, no importará su monto;
- II. El testador instituirá uno o más legatarios con derecho de acrecer, salvo designación de sustitutos. Para el caso de que cuando se llevare a cabo la protocolización notarial de la adquisición en favor de los legatarios, éstos fueren incapaces y no estuvieren sujetos a potestad o tutela, el testador también podrá designarles un representante especial que firme el instrumento notarial correspondiente por cuenta de los incapaces;
- III. Si hubiere pluralidad el adquirente del inmueble, cada copropietario podrá instituir uno o más legatarios respecto de su porción. Cuando el testador estuviere casado bajo el régimen de sociedad conyugal, su cónyuge podrá instituir uno o más legatarios en el mismo instrumento, por la porción que le corresponda. En los Supuestos a que se refiere este artículo no se aplicará lo dispuesto por el artículo 1296 de este Código;
- IV. Los legatarios recibirán el legado con la obligación de dar alimentos a los acreedores alimentarios, si los hubiere, en la proporción que el valor del legado represente en la totalidad del acervo hereditario de los bienes del autor de la sucesión;

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

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

Toda vez que el Testamento Público Simplificado es el tema de investigación de la presente tesis, y a fin de tener un mejor entendimiento de éste, el análisis y la descripción detallada del mismo se presentará en el capítulo subsiguiente.

3.2.4.- OLOGRAFO

Este testamento es del tipo ordinario, y se llama Testamento Ológrafo al escrito de puño y letra del testador, ya que ésta es su característica principal, según el licenciado Ignacio Galindo Garfias "el nombre le viene del griego "holos" todo y "grafo" escrito, o sea todo escrito por su autor, manuscrito, del puño y letra del testador."⁴⁵

El testamento ológrafo es de origen romano; debería escribirse *hológrafo*, por el espíritu rudo griego; se ignora por qué en castellano se escribe sin "h" inicial. "La palabra *ológrafo* nos viene del griego entero, escribir, escribir por entero."⁴⁶

Los testamentos ológrafos no producirán efecto si no están depositados en el Archivo General de Notarías.

⁴⁵ Arce y Cervantes, José. Op. Cit. Págs. 119 y 120.

⁴⁶ Ibarrola, Antonio de. Op. Cit. Pág.701.

Este testamento sólo podrá ser otorgado por las personas mayores de edad, y para que sea válido deberá estar totalmente escrito por el testador y firmado por él, con expresión del días, mes y año en que se otorgue.

Los extranjeros no podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma.

Si contuviere palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma.

La omisión de esta formalidad por el testador sólo afecta a la validez de las palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, pero no al testamento mismo.

El testador hará por duplicado su testamento ológrafo e imprimirá en cada ejemplar su huella digital. El original dentro de un sobre cerrado y lacrado, será depositado en el Archivo General de Notarías, y el duplicado también cerrado en un sobre lacrado y con la nota en la cubierta en la que se pondrá una constancia, y será devuelto al testador. Este podrá poner en los sobres que contengan los testamentos, los sellos, señales o marcas que estime necesarios para evitar violaciones.

El depósito en el Archivo General de Notarías se hará personalmente por el testador quien si no es conocido del encargado de la oficina debe presentar dos testigos que lo identifiquen. En el sobre que contenga el testamento original el testador de su puño y letra pondrá la siguiente nota: "dentro de este sobre se contiene mi testamento". A continuación se expresará el lugar y la fecha en que se hace el depósito. La nota será firmada por el testador y por el encargado de la oficina. En caso de que intervengan testigos de identificación, también firmarán.

En el sobre cerrado que contenga el duplicado del testamento ológrafo se pondrá la siguiente constancia extendida por el encargado de la oficina: "Recibí el pliego cerrado que el señor.....afirma contiene original su testamento ológrafo, del cual,

según afirmación del mismo señor, existe dentro de este sobre un duplicado." Se pondrá luego el lugar y la fecha en que se extiende la constancia, que será firmada por el encargado de la oficina, poniéndose también al calce la firma del testador y de los testigos de identificación, cuando lo intervengan.

Cuando el testador estuviere imposibilitado para hacer personalmente la entrega de su testamento en la oficina del Archivo General de Notarías, el encargado de ella deberá concurrir al lugar donde aquél se encontrare, para cumplir las formalidades del depósito.

Hecho el depósito, el encargado del Archivo General de Notarías tomará razón de él en el libro respectivo, a fin de que el testamento pueda ser identificado, y conservará el original bajo su directa responsabilidad hasta que proceda a hacer su entrega al mismo testador o al juez competente.

En cualquier tiempo el testador tendrá derecho de retirar del Archivo General de Notarías, personalmente o por medio de mandatario con poder especial otorgado en escritura pública, el testamento depositado, en cuyo caso se hará constar el retiro en una acta que firmará el interesado o su mandatario, y el encargado de la oficina.

El juez ante quien se promueva un juicio sucesorio pedirá informes al encargado del Archivo General de Notarías, acerca de si en su oficina se ha depositado algún testamento ológrafo del autor de la sucesión, par que en el caso de que así sea se le remita el testamento.

El que guarde en su poder el duplicado de un testamento o cualquiera que tenga noticia de que el autor de una sucesión ha depositado algún testamento ológrafo lo comunicará al juez competente, quién pedirá al encargado del Archivo General de Notarías en que se encuentra el testamento, que se lo remita.

Recibido el testamento, el juez examinará la cubierta que lo contiene para cerciorarse de que no ha sido violada, hará que los testigos de identificación que residieren en el lugar conozcan a sus firmas y la del testador, y en presencia del Ministerio Público, de los que se hayan presentado como interesados y de los mencionados testigos abrirá el sobre que contiene el testamento.

Sólo cuando el original depositado haya sido destruido o robado se tendrá como formal testamento el duplicado, procediéndose para su apertura.

El testamento ológrafo quedará sin efecto cuando el original o el duplicado, en su caso, estuvieren rotos o el sobre que los cubre resultare abierto, o las firmas que lo autoricen aparecieren borradas, raspadas o con enmendaduras, aun cuando el contenido del testamento no sea vicioso.

El encargado del Archivo General de Notarías no proporcionará informes acerca del testamento ológrafo depositado en su oficina, sino al mismo testador, a los jueces competentes que oficialmente se los pidan y a los notarios cuando ante ellos se tramite la sucesión.

En merito de lo antes expuesto, este tipo de testamento que reconoce nuestra legislación, lo puede realizar cualquier persona siempre y cuando sea mayor de edad, y sepa, naturalmente leer y escribir, el testamento otorgado debe de realizarse por duplicado y guardarse en un sobre cerrado cada uno de los ejemplares, ya que su seguridad del testamento original radica en la custodia del Archivo General de Notarías, y el duplicado será devuelto al testador, para que éste dé en resguardo y conserve su testamento, a la persona que él juzgue de su absoluta confianza.

3.3.- TESTAMENTO ESPECIAL

El testamento especial es aquel que se permite solamente en casos de excepción, en casos de apremio en que no es posible el otorgamiento de un testamento ordinario, ya que sólo puede ser hecho por las personas que se encuentran en las circunstancias especiales previstas para cada uno de ellos, y cuya eficacia es restringida en cuanto al tiempo, constituye una forma de facilitar, en condiciones extraordinarias el otorgamiento de disposiciones para después de la muerte, normalmente, tiene validez cuando la muerte del testador acaece sin haber podido otorgar un testamento ordinario con todas sus formalidades.

Los Testamentos especiales son aquellos que se hacen en acción a las circunstancias que prevalecen en el momento de su otorgamiento, y estos son clasificados como:

3.3.1.- PRIVADO

El testamento privado esta permitido en los siguientes casos:

- 1) Cuando el testador es atacado de una enfermedad tan violenta y grave que no dé tiempo para que concurra notario a hacer el testamento;
- 2) Cuando no haya notario en la población o juez que actúe por receptoría;

- 3) Cuando, aunque haya notario o juez en la población, sea imposible, o por lo menos muy difícil, que concurran al otorgamiento del testamento;
- 4) Cuando los militares o asimilados del ejército entren en campaña o se encuentren prisioneros de guerra;

De acuerdo a las enunciaciones anteriores, para que el testamento privado se pueda otorgar es necesario que no le sea posible al testador hacer Testamento Ológrafo.

El testador que se encuentre en los casos de hacer testamento privado, declarará en presencia de cinco testigos idóneos su última voluntad, que uno de ellos redactará por escrito, si el testador no puede escribir.

No será necesario redactar por escrito el testamento cuando ninguno de los testigos sepa escribir y en los casos de suma urgencia. Y en los casos de la misma bastarán tres testigos idóneos.

Al otorgarse el testamento privado el testador expresará de modo claro y terminante su voluntad ante los testigos.

Este testamento sólo surtirá efectos cuando el testador fallezca de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba, o dentro de un mes desaparecida la causa la que lo autorizó.

El testamento privado necesita, además para su validez ante el juez, que se haga la declaración de los testigos concurrentes en el testamento, y que hayan sido idóneos y estuvieron conformes en todas y cada una de las siguientes circunstancias:

- a) El lugar, la hora, el día, el mes y el año en que se otorgó el testamento;

- b) Si reconocieron, vieron y oyeron claramente al testador;
- c) El tenor de la disposición;
- d) Si el testador estaba en su cabal juicio y libre de cualquiera coacción;
- e) El motivo por el que se otorgó el testamento privado;
- f) Si saben que el testador falleció o no de la enfermedad o el peligro en que se hallaba.

Si los testigos fueron idóneos y estuvieron conformes con todas y cada una de las circunstancias antes mencionadas, el juez declarará que sus dichos son el formal testamento de la persona de quien se trate.

Si después de la muerte del testador muriese alguno de los testigos, se hará la declaración con los restantes, con tal de que no sean menos de tres, manifiestamente contestes, y mayores de toda excepción. Lo mismo se observará también en el caso de ausencia o algunos de los testigos, siempre que en la falta de comparecencia del testigo hubiere dolo; a los testigos sabiendo el lugar donde se hallen serán examinados por exhorto.

De este modo se concibe al testamento Privado, a aquel que puede ser escrito u oral, en ambos casos es válido; pero para que se acepte la manifestación verbal se requiere que haya una imposibilidad absoluta de que el testador o los testigos redacten por escrito las cláusulas del testamento.

Este testamento se otorga en los casos de enfermedades graves o inesperadas, y a falta de un notario público, y se requiere para su realización de cinco

testigos dependiendo la situación, ante los cuales el testador manifieste su voluntad e manera clara y 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, y éste caduca si transcurre un mes entre la fecha de otorgamiento y la muerte del testador, tiempo que le dará para otorgar un testamento ordinario.

En conclusión éste tipo de testamento se autoriza sólo en los casos en que exista imposibilidad de otorgar testamento ordinario.

3.3.2.-MILITAR

De los testamentos especiales éste tiene lugar cuando el testador entra en acción de guerra o estando herido en el campo de batalla, éste sólo se permite en los casos en que el militar o el asimilado al ejército entran en campaña o resulta herido en el campo de batalla.

Si el militar o el asimilado del ejército hacen su disposición en el momento de entrar en acción de guerra, o estando herido sobre el campo de batalla, bastará que declare su voluntad ante dos testigos, o que entregue a los mismos el pliego cerrado que contenga su última disposición, firmada de su puño y letra; esto también se observará en el caso de los prisioneros de guerra.

Los testamentos otorgados por escrito, conforme lo dispuesto en este tipo de testamento militar, deberán ser entregados luego de que muera el testador, por

aquél en cuyo poder hubiere quedado el testamento, al jefe de la corporación, quien lo remitirá al Secretario de la Defensa Nacional y éste a la autoridad judicial competente.

Si el testamento hubiere sido otorgado de palabra, los testigos instruirán de él desde luego al jefe de la corporación, quien dará parte en el acto al Secretario de la Defensa Nacional, y éste a la autoridad judicial competente, a fin de que de que proceda teniendo en cuenta, si el testador fallece de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba, o dentro de un mes desaparecida la causa la que lo autorizó, lo mismo se observará también en el caso de ausencia o algunos de los testigos, siempre que en la falta de comparecencia del testigo hubiere dolo; a los testigos sabiendo el lugar donde se hallen serán examinados por exhorto.

Ya que el testamento militar es del tipo especial y solo en circunstancias de acción de guerra y estando herido, se puede otorgar éste también puede ser, de forma escrita u oral, ante dos testigos, de los cuales solo bastará que se manifieste su voluntad verbalmente, y si lo redacta por escrito, se haga entrega del pliego cerrado y firmado de su puño y letra, el cual se remitirá a su superior, quien lo hará llegar a la Secretaría de la Defensa Nacional, y el juez familiar correspondiente al domicilio del difunto, oír a los testigos, cuando los cite para declarar formalmente válido el testamento militar otorgado en aquella situación, en la que por las circunstancias especiales previstas para cada uno de los testamentos especiales se realizó este testamento militar.

3.3.3.- MARITIMO

Este testamento lo realizan los que se encuentren en alta mar, a bordo de navíos de la marina nacional, sea de guerra o mercante, pueden testar sujetándose a las prescripciones siguientes:

El testamento marítimo será escrito en presencia de dos testigos y el capitán del navío, y será leído, datado y firmado, pero ante todo lo deben de firmar el capitán y los dos testigos.

Si el capitán hiciere su testamento, desempeñará sus veces el que deba sucederle en el mando.

El testamento marítimo se hará por duplicado y se conservará entre los papeles mas importantes de la embarcación, y de él se hará mención en su diario.

Si el buque arribase a un puerto en que haya agente diplomático, cónsul o vicecónsul mexicanos, el capitán depositará en su poder uno de los ejemplares del testamento, fechado y sellado, con una copia de la nota que debe constar en el diario de la embarcación.

Arribando ésta, a territorio mexicano, se entregará el otro ejemplar o ambos, si no se dejó alguno en otra parte, a la autoridad marítima del lugar.

En cualesquiera de los dos supuestos anteriores, el capitán de la embarcación exigirá recibo de la entrega del testamento, y lo citará por nota en el diario.

Los agentes diplomáticos, cónsules o las autoridades marítimas, levantarán, luego que reciban los ejemplares referidos, un acta de la entrega y la remitirán con los citados ejemplares, a la posible brevedad a la Secretaría de Relaciones Exteriores, la cual a su vez la enviará al Gobierno del Distrito Federal, el cual hará publicar en la Gaceta Oficial la noticia de la muerte del testador, para que los interesados promuevan la apertura del testamento.

El testamento marítimo solamente producirá efectos legales falleciendo el testador en el mar o dentro de un mes, contado desde su desembarque en algún lugar

donde, conforme a la ley mexicana o a la extranjera, haya podido ratificar u otorgar de nuevo su última disposición.

Si el testador desembarca en un lugar donde no haya agente diplomático o consular, y no se sabe si ha muerto, ni la fecha del fallecimiento, se procederá conforme a lo dispuesto por la ley en caso de ausencia.

Como su nombre lo describe es marítimo este testamento porque el testador lo otorga estando en alta mar a bordo de un buque nacional, bien sea de guerra o mercante, pero no basta que se encuentren en alta mar a bordo de los navíos de la marina Nacional, pues, haber entrado en la nave; debe ella encontrarse en alta mar, lugar donde no hay notario para solemnizarlo; el testamento sólo se admite en la forma abierta, ya que será escrito en presencia de dos testigos, y principalmente ante el capitán del navío, será leído, datado y firmado, como se ha dicho, extendiéndose dos ejemplares del testamento, que conservará el propio capitán y citará en su diario el otorgamiento del mismo.

Se exige la elaboración de dos ejemplares en virtud de que al capitán se le impone la obligación de entregar uno de ellos en el primer punto en que toque tierra, hará entrega del testamento si en éste lugar existe un funcionario consular mexicano o un agente diplomático, exigiendo el capitán recibo de la entrega del testamento y lo citará en su diario, para dejar antecedente de la entrega; luego de recibido el documento se levantará un acta de entrega y a la brevedad posible, se hará llegar a la Secretaría de Relaciones exteriores, para la publicación en la Gaceta Oficial, de la muerte del testador; esto es necesario para que los interesados, como por ejemplo la familia estén enterados de la muerte del testador, y puedan promover la apertura del documento, donde se plasmo la última voluntad del testador.

El testamento marítimo se caracteriza, por consiguiente, como un testamento especial en forma escrita, en tanto que el privado y el militar a diferencia de

éste son los únicos testamentos especiales que pueden revestir la forma escrita o la oral.

3.3.4.- HECHO EN PAIS EXTRANJERO

Cuando un mexicano se encuentra fuera de su país y tenga la necesidad de realizar su testamento, éste puede otorgarlo en el país donde se encuentre, ya sea ante funcionarios mexicanos o extranjeros, en la forma que el testador juzgue conveniente, Testamento Público Abierto, Cerrado u Ológrafo.

Es así como los testamentos hechos en país extranjero producirán efecto en el Distrito Federal cuando hayan sido formulados de acuerdo con las leyes del país en que se otorgaron.

Los secretarios de delegación, los cónsules y los vicecónsules mexicanos podrán hacer las veces de notarios o de receptores de los testamentos de las naciones en el extranjero en los casos en que las disposiciones testamentarias deban tener su ejecución en el Distrito Federal.

Los funcionarios mencionados remitirán copia autorizada de los testamentos que ante ellos se hubieren otorgado a la Secretaría de Relaciones Exteriores para los efectos de su ejecución en el Distrito Federal, el cual hará publicar en la Gaceta Oficial la noticia de la muerte del testador, para que los interesados promuevan la apertura del testamento.

Si el testamento fuere ológrafo, el funcionario que intervenga en su depósito lo remitirá por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores, en el término de diez días al encargado del Archivo General de Notarías.

Si el testamento fuere confiado a la guarda del secretario de legación, cónsul o vicecónsul, hará mención de esa circunstancia y dará recibo de la entrega.

El papel en que se extiendan los testamentos otorgados ante los agentes diplomáticos o consulares llevará el sello de la legación o consulado respectivo.

El mencionado testamento especial, hecho en país extranjero, puede sujetarse a las formalidades de la ley extranjera cuando tenga su ejecución en la República Mexicana, o bien, puede otorgarse ante los funcionarios que se encuentren en el país donde se quiera otorgar el testamento ya sean agentes diplomáticos o consulares, observando las formalidades de la ley mexicana, y dotados de todas las facultades y funciones notariales ya que pueden recibir testamentos ológrafos.

El Testamento Hecho en País Extranjero puede otorgarse sólo cuando el otorgante tenga bienes raíces en la República Mexicana.

Cuando se haya otorgado un testamento en país extranjero debe hacerse llegar al país, por conducto de las autoridades superiores, esto es, la Secretaría de Relaciones Exteriores; debiendo mandar copia del testamento abierto o los sobres que se le entreguen; para que a su vez éste sea depositado en México en el Archivo General de Notarías, si este fuere ológrafo.

Toda vez que al analizar este tipo de testamento, se denota que en realidad no se trata de un testamento especial, por que puede otorgarse cualquiera de los autorizados, tanto por la ley mexicana como por la ley del lugar en que se otorgue; es pues, un testamento ordinario, ya que este se puede realizarse en cualquiera de sus formas descritas por este, Testamento Público Abierto, Cerrado u Ológrafo; sólo que se

exige que cuando se otorgue, a fin de que produzca efectos en México, se ajuste a las leyes mexicanas en lo que concierne al fondo, aun en lo que toca a la forma, se rija por la del lugar en donde se otorgue.

CAPITULO CUARTO

ASPECTOS DE LA NORMATIVIDAD DEL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO.

ASPECTOS REFERENTES A LA NORMATIVIDAD DEL TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO

4.1.- ORIGEN

A lo ya establecido en el tema de estudio, y en mérito del análisis del cual se deriva la presente tesis, es básico y fundamental, determinar como el Testamento Público Simplificado surgió en nuestra legislación; su origen se concibe según la propuesta del Expresidente Carlos Salinas de Gortari en la iniciativa de decreto por el cual se reforman, derogan y adicionan diversas disposiciones al Código Civil para el Distrito Federal, de fecha 11 de noviembre de 1993, que presentó al Congreso de la Unión; expresando éste, que siendo una de las prioridades de su gobierno la regularización de la tenencia de la tierra y la consecuente seguridad y claridad jurídica en la posesión del suelo urbano, se han creado programas de regularización de la tenencia de la tierra, pero desgraciadamente los beneficios de esos programas por una insuficiencia o carencia total de asesoramiento jurídico, no formalizan ninguna disposición testamentaria para después de la muerte, de tal manera que cuando ocurre ese fatal acontecimiento sus familiares o beneficiarios lo que en realidad heredan es una serie de problemas que a partir de ese suceso se van transmitiendo de generación en generación hasta generalizarse y convertirse de nueva cuenta en una nueva situación de irregularidad.

En efecto, en una gran cantidad de casos las personas mueren intestadas y sus herederos por varias generaciones no tramitan los respectivos juicios sucesorios,

debido a lo dilatado y costoso de los trámites y a los impuestos acumulados que se deben cubrir. Esta situación se ha convertido en una de las nuevas causas de irregularidad en la tenencia de la tierra de tal suerte que si no prevé que los propietarios de los predios regularizados tengan un medio ágil y seguro para que voluntaria y libremente puedan formalizar su decisión para después de su muerte sobre la propiedad de dichos predios se corre el riesgo de que la eficacia de dichos programas se anule.

Por lo que se consideró necesario la creación de una nueva figura jurídica que facilitará el otorgamiento de últimas voluntades de los autores de la sucesión con relación a las viviendas que adquieran así como el establecimiento de un proceso sucesorio expedito para la titulación de dichos inmuebles a favor de los legatarios que instituye el propietario.

4.2.- ADICION AL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

El Testamento Público Simplificado fue adicionado al Código Civil para el distrito Federal, de acuerdo a lo publicado en el Diario Oficial de la Federación el día jueves 6 de enero de 1994, en el cual según las reformas, de las disposiciones en las que se incluye la relativa a la inclusión del Testamento Público Simplificado, como otra medida sucesoria testamentaria; éste como ya se mencionó, tuvo su origen por medio presidencial, mediante un proyecto de adición al Código Civil, enviado a la Cámara de Senadores, con el propósito de que ésta iniciativa, llevará a cabo los programas de la regularización de la tenencia de la tierra y de que cada vez que el titular de un bien fallezca, se facilite la transmisión de ese bien a los herederos con objeto de que la certidumbre sobre la propiedad inmobiliaria permanezca.

La Reforma que crea al Testamento Público Simplificado, adiciono en su Titulo Tercero de la forma de los testamentos, en su Capitulo III Bis el artículo 1549 bis, que define y describe las bases y disposiciones que debe tener este tipo de testamento, que más adelante se analizan sus principios.

Una vez que fue creado este tipo de testamento se da como consecuencia inmediata el implementar un procedimiento de titulación del inmueble que adquieran los legatarios instituidos en el Testamento Público Simplificado, por lo que también fue adicionado el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

4.3.- CONCEPTO

Toda vez que el Testamento Público Simplificado es una nueva figura, y ya que la doctrina actualmente no establece el concepto relativo a dicho Testamento, como anteriormente se mencionó en el Diario Oficial de la Federación fue publicado el decreto que adiciono al Código Civil vigente para el Distrito Federal el día 6 de enero de 1994, estableciendo el término legal de la nueva figura testamentaria, que al tenor versa lo siguiente:

“El Testamento público simplificado es aquél que se otorga ante notario respecto de un inmueble destinado o que vaya a destinarse a vivienda por el adquirente en la misma escritura que consigne su adquisición o en la que se consigne la regularización de un inmueble que lleven a cabo las autoridades del Distrito Federal o cualquier dependencia o entidad de la Administración Pública Federal, o en acto posterior, de conformidad con lo siguiente:

- VII. *Que el precio del inmueble o su valor de avalúo no exceda del equivalente a 25 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal elevado al año, al momento de la adquisición. En los casos de regularización de inmuebles que lleven a cabo las dependencias y entidades a que se refiere el párrafo anterior, no importará su monto;*
- VIII. *El testador instituirá uno o más legatarios con derecho de acrecer, salvo designación de sustitutos. Para el caso de que cuando se llevare a cabo la protocolización notarial de la adquisición en favor de los legatarios, éstos fueren incapaces y no estuvieren sujetos a potestad o tutela, el testador también podrá designarles un representante especial que firme el instrumento notarial correspondiente por cuenta de los incapaces;*
- IX. *Si hubiere pluralidad de adquirentes del inmueble, cada copropietario podrá instituir uno o más legatarios respecto de su porción. Cuando el testador estuviere casado bajo el régimen de sociedad conyugal, su cónyuge podrá instituir uno o más legatarios en el mismo instrumento, por la porción que le corresponda. En los Supuestos a que se refiere este artículo no se aplicará lo dispuesto por el artículo 1296 de este Código;*
- X. *Los legatarios recibirán el legado con la obligación de dar alimentos a los acreedores alimentarios, si los hubiere, en la proporción que el valor del legado represente en la totalidad del acervo hereditario de los bienes del autor de la sucesión;*
- XI. *Los legatarios podrán reclamar directamente la entrega del inmueble, y no le serán aplicables las disposiciones de los artículos 1713, 1770 y demás relativos de este Código; y*

XII. *Fallecido el autor de la sucesión, la titulación notarial de la adquisición por los legatarios se hará en los términos del artículo 876 bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.*⁴⁷

De lo anteriormente descrito es necesario cobrar una idea más amplia de la definición de nuestro tema a analizar, por lo tanto, el Testamento Público Simplificado, es en definitiva, aquel que es redactado por un profesional en derecho investido de fe pública, esto es, ante un Notario Público, el cual para que proceda el otorgamiento del mismo, es necesario que se haga en el contexto de la adquisición de un bien inmueble, con la circunstancia de que ese bien inmueble sea destinado o que vaya a destinarse a vivienda, ya sea que éste sea el propósito de la adquisición, o bien que se trate de la regularización de un inmueble, que lleven a cabo las autoridades del Distrito Federal o cualquier dependencia o entidad de la Administración Pública Federal que en estos casos no importará su monto, ahora bien, también se puede concebir como, la materia de regularización cuyo valor de avalúo que no exceda del equivalente a 25 veces salario mínimo general vigente en el Distrito Federal elevado al año, salvo los casos de regularización de inmuebles por las autoridades antes mencionadas; es un testamento en el cual, se facilita su tramitación porque en el mismo instrumento notarial se puede escriturar la adquisición del inmueble.

4.4.- CARACTERISTICAS

Además de la definición del Testamento Público Simplificado, y a la importancia que reviste el testamento en estudio, en el presente apartado sólo nos referiremos a las características del mismo, haciendo un minucioso análisis de estas posteriormente, asimismo derivado de lo anterior se pueden clasificar en las siguientes:

⁴⁷ Diario Oficial de la Federación, del día 6 de enero de 1994, Pág. 28.

1.- El Testamento Público Simplificado es ordinario y Público ya que se inscribe dentro de los testamentos notariales, éste puede ser equiparado al Testamento Público Abierto por la redacción e intervención del notario.

2.- Solo se puede otorgar en tres supuestos:

a) En el momento de adquirir un bien inmueble destinado a casa habitación, cuyo valor no exceda 25 veces salario mínimo vigente en el Distrito Federal elevado al año al momento de la adquisición.

b) Respecto a un inmueble objeto de un programa de regularización, ya que cuando se trate únicamente de la regularización de la titularidad de el bien inmueble, en este supuesto su valor no importa.

c) En acto posterior a la adquisición de los mencionados inmuebles.

3.-En este tipo de testamento sólo se puede instituir uno o más legatarios y sus sustitutos dependiendo el caso.

4.- Otra de las características importantes de las cuales hay que hacer hincapié, es que sólo contempla una nueva figura jurídica denominada representante especial.

5.- En el caso de que el adquirente se encuentre casado bajo el régimen de sociedad conyugal, podrán estar en el mismo acto tanto él, como su cónyuge, o también si hay pluralidad de adquirentes.

6.- Sólo prevé el caso de que existan acreedores alimenticios.

7.- No respeta el orden de prelación que establece la ley para efectuar la liquidación de la herencia, constituyéndose así una excepción a favor del legatario en perjuicio de los demás acreedores no alimentistas que pudieren existir.

8.- Consta de un ágil y expedito proceso de titulación que determinara una tramitación simplificada.

9.- Considera un régimen de excepción, ya que sus reglas son de interpretación estricta.

Con todas estas características del régimen de excepción que estableció el legislador, trató de facilitar las transmisiones mortis causa de los bienes objeto de programas de regularización o que su valor no exceda la cantidad que en el artículo señala y trató de dar un medio expedito y eficaz de escriturar dichas transmisiones para evitar el gran número de intestados.

4.5.- BENEFICIOS

En el tema de estudio a analizar es imprescindible señalar los beneficios de la propuesta de esta figura testamentaria y los que se deben de obtener de la misma, así pues, el legislador al crear el Testamento Público Simplificado, por lo que al referirse a beneficios se puede considerar que la sociedad al tener un medio de regularización de la tenencia de la tierra, se le daría una seguridad y claridad jurídica en la posesión del suelo urbano, de tal manera que al pretender formalizar y facilitar la transmisión por causa de muerte una vivienda, a través de un testamento, la escrituración e institución de uno o más legatarios, el adquirente podrá efectuar la expedición del título de propiedad en su favor, o en un acto posterior otorgado ante un notario, así sus familiares o beneficiarios, no hereden una serie de problemas, que a partir de su deceso se lleguen a generar conflictos de posesión entre los herederos o legatarios teniendo que convocar a una sucesión legítima que tardaría mucho tiempo para regularizar la titularidad de ese predio y así crear una serie de trámites costosos

que se podrían evitar, dando así un medio ágil, expedito y seguro que voluntaria y libremente decide formalizar su decisión para después de su muerte, sobre la propiedad de dichos predios.

Por otra parte, uno de los beneficios importantes es la facultad de que en el caso de que uno de los legatarios muera antes que el autor de la sucesión, se establezca el derecho de acrecer a fin de repartir su porción entre los demás legatarios, evitando así una incertidumbre jurídica en lo tocante a dicha porción, ya que si su adjudicación quedará sujeta a la tramitación de un juicio testamentario, se correría el riesgo de prolongar indefinidamente la irregularidad en la propiedad de la vivienda de que se trate, afectando a los demás legatarios, así también si el autor de la sucesión considera conveniente establecer legatarios sustitutos para efecto de evitar que queden sin participar los descendientes de un legatario fallezca antes que el propio autor, éste puede hacerlo.

A lo manifestado hasta el momento, otro de los beneficios, del Testamento Público Simplificado se refiere a un representante especial, el cual se propone para agilizar la firma del instrumento notarial, beneficiando al legatario incapaz al ser representado en una sucesión testamentaria.

Se prevé la eficacia de la operación de la pluralidad de adquirentes del mismo inmueble, facultando a cada uno de los copropietarios para que en el mismo documento que consigne la adquisición, testen y puedan efectuar la institución de uno o más legatarios respecto de su porción, esto es sólo en el supuesto de que el adquirente este casado bajo un régimen de sociedad conyugal, en un mismo título de propiedad, evitando hacer un testamento del mismo inmueble en dos diferentes, uno para cada cónyuge, exceptuando lo dispuesto en el artículo 1296 que a la letra dice: *"No pueden testar en el mismo acto dos o más personas, ya en provecho recíproco, ya a favor de un tercero."*⁴⁸

⁴⁸ Código Civil para el Distrito Federal. Op. Cit. Pág. 142.

Con el fin de evitar obstáculos que en ocasiones pueden presentarse en el proceso de un juicio, se toma la precaución de que los legatarios puedan reclamar directamente la entrega del inmueble, como un caso de excepción a lo dispuesto en los artículos 1713 y 1770 del Código Civil para el Distrito Federal, que respectivamente prohíben al albacea extraer bienes de la masa hereditaria antes de que se forme el inventario y que, una vez formado dicho inventario, condicionan la entrega de bienes determinados a los herederos o legatarios, al previo otorgamiento de garantía suficiente para responde por los gastos y cargas generales de la herencia, en la proporción que les corresponda; todo esto con el propósito de simplificar la formalización legal de la adquisición del inmueble objeto del legado sin la necesidad de que se forme dicho inventario y sin la obligación de garantizar los gastos y las cargas generales de la herencia.

Ya que los beneficios que se desprenden del Testamento Público Simplificado son en conclusión la regularización de la tenencia de un bien inmueble, la seguridad jurídica del mismo y los derechos de los legatarios en el otorgamiento, la tramitación simplificada de la propiedad de un inmueble destinado o que vaya a destinarse a vivienda dando así un medio ágil, expedito y seguro; así como también la figura jurídica del representante especial, el cual se propone para agilizar la firma del instrumento notarial; de este modo se concibe que hay un beneficio económico para otorgar el Testamento Público Simplificado ya que fue creado para beneficiar a toda persona que sea titular de una propiedad, que deseen adquirir y otorgar un testamento en una escritura pública con ciertas facilidades para su realización, aunado a lo anteriormente descrito en este testamento se define a quien o quienes se les transmitirá la titularidad del bien inmueble, y no estén sujetos posteriormente a las reglas de la sucesión legítima, garantizando así que el propietario no muera intestado por lo menos respecto de ese bien ya regularizado; como un medida de protección a los que tienen derecho a percibir alimentos, se establece que los legatarios reciban su legado con la correspondiente obligación de responder al débito alimentario en la porción que el valor del legado represente respecto de la totalidad del acervo hereditario, de ésta forma se evita que los legatarios disminuyan la masa hereditaria

del de cujus, en perjuicio de los acreedores alimentarios, logrando así un gran beneficio con todas estas alternativas.

4.6.-COMPLICACIONES

Si bien es cierto que en la definición del testamento en sí, se encuadran diversas formalidades para su otorgamiento, como es el acto personalismo y unilateral, la designación de herederos y legatarios, la declaración de deberes y obligaciones, como el reconocimiento de hijos; en el testamento Público Simplificado existen ciertas complicaciones que lo hacen deficiente para su efectividad, como lo debe ser un acto de última voluntad.

Estas complicaciones comienzan desde su otorgamiento, al designar solo legatarios o en su caso sustitutos de estos, no mencionando herederos, ya que en este testamento sólo se hará la declaración de un legado refiriéndose sólo un bien inmueble de ciertas características ya analizadas, no estableciendo una transmisión de universalidad de bienes, siendo esto sólo en una situación en especial, dejando fuera al momento en que éste se otorga otros bienes hereditarios existentes de testar, así también se encuentra otro problema para adjudicarse varios inmuebles, y por consecuencia se tendrá que otorgar otro testamento de tipo ordinario, ya sea abierto, cerrado u ológrafo, complicando con esto una incertidumbre de saber cual de los testamentos es la última voluntad del de cujus, como lo maneja así su normatividad, es decir, al otorgar un Testamento Público Simplificado éste sólo establece que se puede realizar respecto de un bien inmueble, lo anterior se interpreta que si hay más bienes por heredar éstos no se pueden establecer dentro del mismo, ahora bien, si el testador tiene más bienes aparte del anterior establecido en el Testamento Público Simplificado, quedaran fuera del mismo, los cuales subsistirán desprotegidos de una sucesión

testamentaria, y en consecuencia se tendría que otorgar otro testamento para que éstos queden protegidos, pero por esta situación si hay pluralidad de testamentos, el testamento anterior queda revocado de pleno derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte, dándose así una gran confusión de cual fue la última voluntad del de cujus.

Al realizar la comparación entre legado y herencia, nos encontramos aquí con una fluctuación, de lo que es la definición del testamento, ya que si bien es cierto en una sucesión testamentaria la finalidad de ésta es disponer de bienes, derechos, y declaraciones, o también para cumplir deberes después de la muerte; en el Testamento Público Simplificado se habla sólo de un legado, mas no de una herencia, que es la sucesión de todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte, a diferencia del legado, que significa tanto el acto de transmisión a título particular de una cosa o derecho, como los objetos transmitidos, es decir, a la cosa o al derecho objetos de una disposición testamentaria a título particular, el legado consta en la transmisión gratuita y a título particular hecha por el testador, de un bien determinado o susceptible de determinarse, que puede consistir en una cosa, en un derecho, en un servicio o hecho, a favor de una persona y a cargo de la herencia de un heredero o de otro legatario, cuyo dominio y posesión se transmite en el momento de la muerte del testador si se trata de cosas determinadas o hasta que éstas se determinen posteriormente, por consiguiente, el legatario adquiere un bien determinado o determinable, sin responder de las relaciones pasivas patrimoniales del autor de la sucesión, ya que éste no continúa con el patrimonio autor de la herencia, como acontece con el heredero; así como también el legado constituye una liberalidad, es decir, una transmisión a título gratuito; del mismo modo, los legados se instituyen sólo por virtud de testamento, y sólo existirán, por consiguiente legados testamentarios, y finalmente, todo legado implica la transmisión de un bien determinado o determinable que puede consistir en un derecho, en una cosa, o en un servicio a cargo de un heredero, de otro legatario, o de la masa de la herencia, es así con esta breve dilucidación, que encuentro una complicación en relación al legado testamentario que establece el Testamento Público Simplificado, ya que considero que más que un

testamento es sólo un legado, por que en este faltan disposiciones que se enmarcan en la definición del testamento, es decir, no se puede realizar otras disposiciones mas que un legado, es así como considero que en realidad no se trata de un testamento.

Al otorgarse un Testamento Público Simplificado existe la posibilidad de que haya pluralidad de adquirentes, o que el testador este casado bajo un régimen de sociedad conyugal, y éste quiera al mismo tiempo testar con su cónyuge, esto hace un testamento mancomunado, lo anterior hace una complicación ya que podría darse el caso de que una de ellas imponga en la otra su voluntad haciendo una coacción para que teste a favor de quien el otro desee; ya que al formular en un mismo acto solemne, personalísimo y de última voluntad, dos personas un mismo testamento; ¿Como se puede asegurar de que no existió la constriña de alguno de los testadores para la realización de su testamento?, y no se deje de tener la protección que enmarca el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1296 en la cual prohíbe testar en el mismo acto dos o más personas, ya en provecho reciproco, ya a favor de un tercero, dejando así la norma protegido al testador de cualquier tipo de imposición; ahora bien, si en el caso de que en éste Testamento Público Simplificado se realice con otra persona, al analizar la situación, se rompe totalmente con la esencia de la formalidad de un acto personalísimo, atentando a una de las características esenciales del testamento que es el que sea un acto unilateral, provocando con esto una disposición que sería nula.

Al hablar de una sucesión testamentaria es necesario en el caso de los testamentos ordinarios a excepción del Testamento Público Simplificado instituir la figura del albacea, el cual en síntesis es aquel que designa el testador o los herederos, para efectuar las disposiciones testamentarias, o para representar a la sucesión y ejercitar todas las acciones correspondientes al de cujus, así como para cumplir sus obligaciones, procediendo a la administración, liquidación y división de la herencia, y en su caso, los ejecutores de las disposiciones testamentarias; por lo anteriormente manifestado, nos referiremos a la confusa figura del representante especial, el cual se debe nombrar para la representación legal de un incapaz, que no este sujeto a patria

potestad o tutela, ahora bien en éste análisis se pretende precisar, cual es la función principal de esta figura, y si ésta es eficaz al momento de representar al incapaz, en tal situación el representante especial debe solo de participar en la firma del instrumento notarial en el cual el incapaz sea el legatario, encontrándonos con una problemática al no establecer en un testamento quien es el representante de un juicio sucesorio, y por tal motivo quien es la persona que realiza los tramites para la adjudicación del la herencia o legado, y de los derechos y obligaciones que tiene el cargo de albacea, o en su caso quien realiza el inventario de la misma, las facultades que el albacea realiza son de suma importancia y le da una gran certidumbre y seguridad jurídica tanto al proceso sucesorio como a los sujetos donde intervienen, ya que como se han mencionado sus facultades, éste forma el inventario, paga deudas, deduce todas las acciones que pertenecen a la herencia o legado, en conclusión el albacea custodia los intereses de todos los sujetos del juicio sucesorio y a diferencia de la figura del representante especial, no tiene las mismas funciones vitales y la única función que realiza es limitativa a un acto jurídico de representación, excluyéndolo de cualquier participación como lo es en el resguardo de una sucesión hereditaria, ya que éste no puede otorgar poderes, ni representar al legatario o la sucesión del juicio, limitándose sólo a la firma de un instrumento notarial, creando a si un vacío al momento en que se suscite un problema jurídico.

En relación a la manifestación de la declaración de acreedores, el Testamento Público Simplificado sólo menciona a los acreedores alimentarios, y los legatarios recibirán el legado con la obligación de dar alimentos a éstos acreedores, si los hubiere, en la proporción que el valor del legado represente en la totalidad del acervo hereditario de los bienes del autor de la sucesión, ahora bien en esta disposición sólo se presume en un solo supuesto, olvidándose por completo de cualquier otro tipo de acreedores, convirtiéndose el Testamento Público Simplificado en una inseguridad jurídica para los demás acreedores si los hubiere, ya que estos quedarían en estado de indefensión, pues como se atiende el expedito proceso de titulación, el cual no atiende el orden de prelación estableciendo para el pago de deudas del de cujus, como lo enmarca en el caso de la liquidación de la herencia, del

pago de los gastos de conservación y administración de la herencia, así como los créditos alimenticios, que pueden ser cubiertos antes de la formación del inventario, o de las deudas hereditarias que fueren exigibles a su pago, por otra parte tampoco atiende lo dispuesto a la formación del inventario, para evitar la extracción de cosa alguna de la herencia, o si se llegará a necesitar el pago de una deuda u otro gasto urgente, fuere necesario vender algunos de los bienes, ésta disposición en la cual se puede realizar la reclamación directa de la entrega del inmueble a los legatarios, podría dejar sin cobro de sus créditos a los acreedores no alimentarios, dejándolos en una situación de injusticia y violatoria de sus derechos como lo menciona el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 20: *"Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados."*⁴⁹ Por lo que a esto respecta no puede ser preferente el derecho del legatario, que adquiere a título gratuito, respecto de los derechos de los acreedores, por otra parte, con esto es importante señalar que al realizar un testamento de este tipo, hace que se venga abajo una de las principales funciones del derecho hereditario, el cual es, darle continuidad a las relaciones jurídicas que no desaparecen con la muerte del de cujus.

4.7.-ANALISIS

Después de tomar en cuenta y en consideración los elementos y características propias concernientes a la figura jurídica en estudio, nos lleva a realizar un análisis escrupuloso del cual se desprenden las siguientes teorías.

⁴⁹ Código Civil para el Distrito Federal. Op. Cit. Pág. 3.

En este tipo de testamento, es necesario, para que proceda que se otorgue en el contexto de la adquisición de un bien inmueble, con la característica de que ese bien inmueble sea destinado para vivienda, o también que el propósito del mismo sea la de adquisición, o bien que se trate de la regularización de un inmueble que lleven a cabo las autoridades del Distrito Federal, o cualquier dependencia o entidad de la Administración Pública Federal, como por ejemplo, en el supuesto de que se quiera realizar la regularización de un bien inmueble por medio de las autoridades del Distrito Federal, esto puede ser mediante la investigación de una Delegación, que quiera realizar la regularización de varios predios irregulares que no estén escriturados, se realiza el programa de regularización de predios y de la tenencia de la tierra y es así como ésta autoridad puede realizar dicha regularización; al referirnos a un bien inmueble es ineludible proporcionar su definición para poder comprender el tema de estudio, ahora bien los bienes inmuebles son aquellos que no pueden trasladarse de un lugar a otro, es decir la fijeza es lo que le da dicho carácter, este es el concepto que se deriva de su construcción física o corporal; el régimen jurídico especial que toma en cuenta las ventajas de la inmovilización o fijeza para crear un registro, de requisitos y de garantías, para los bienes inmuebles se establece el Registro Público de la Propiedad, en el cual se inscribe la titularidad del bien.

El Testamento Público Simplificado, carece de la existencia de la institución de heredero, en éste sólo se puede instituir uno o más legatarios y sus sustitutos dependiendo el caso, cuya diferencia en los demás testamentos si existe la figura del heredero.

Para el otorgamiento de este testamento la ley establece, que el precio del bien inmueble tenga un valor máximo, o que su valor avalúo no exceda del equivalente a veinticinco veces salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, ahora bien, a la fecha de elaboración del presente estudio el salario mínimo vigente para el Distrito Federal es de \$45.24 (cuarenta y cinco pesos 24/100 M.N.), que multiplicada la cantidad antes citada por veinticinco veces, el resultado nos da la cantidad de \$1131 (mil ciento treinta y un pesos M.N.), asimismo ésta cantidad

resultante, se debe elevar al año multiplicado por trescientos sesenta y cinco días, obteniendo así el valor máximo al que puede ascender el inmueble, que es de \$412,815. (cuatrocientos doce mil ochocientos quince pesos M.N.), en el caso de que se trate sólo de la regularización de la titularidad del inmueble, el monto de ésta no importará.

En este testamento no existe la figura de la institución de heredero, constituyendo a sí una gran diferencia entre éste y los demás testamentos en los cuales sí se pueden nombrar herederos y legatarios, y por lo que respecta al Testamento Público Simplificado sólo se puede designar legatarios y sustitutos dependiendo el caso.

En la definición que el Código Civil para el Distrito Federal otorga al Testamento Público Simplificado, no se encuentra un nombramiento de albacea, solo contempla una nueva figura jurídica denominada representante especial, el cual, el testador designará, a los que no estuvieren sujetos a patria potestad o tutela, para firmar el instrumento notarial cuando sea el caso de la representación de un incapaz; para poder comprender más ampliamente esta figura, se puede considerar que es un representante legal de un incapaz por disposición de ley, sin embargo esta figura toma la característica de una persona por la cual comparece o celebra a nombre de otra un acto jurídico, ejecutando la representación jurídica de una persona en especial, que viene siendo el incapaz, cumpliendo con la tarea encomendada por el testador, consistente en firmar en lugar del representado; este mandato es un cargo voluntario, porque no se puede obligar a la persona nombrada por el de cujus a aceptarlo, como sucede en el caso del albacea que sí es obligatorio, y por consecuencia solo se puede excusar por las determinaciones que marca la ley; este cargo también es gratuito, ya que la reforma no prevé ningún emolumento o gratificación por el hecho de desempeñarlo; por otra parte es subsidiario, es decir, el cargo se da en caso de que el legatario incapaz no este sujeto a patria potestad o tutela; y es especial, porque el cargo solo se instituye a éste representante para efectuar un solo acto, consistente en

la agilización de la firma del instrumento notarial, beneficiando al legatario incapaz al ser representado en una sucesión testamentaria.

Por lo que respecta al Testamento en análisis, en éste no se pueden realizar ciertas disposiciones, como en los demás testamentos, como son: la declaración de derechos o determinadas obligaciones, y el reconocimiento de hijos. A lo que debemos comentar que si el testamento es un acto de última voluntad es preciso que en éste se realicen diversas disposiciones, y no sólo limitando a un acto de otorgamiento de un solo bien inmueble sin ningún otro fin.

Este testamento objeto de nuestro análisis, contempla su realización, y abandona el principio fundamental de ser personalísimo y unilateral, ya que se puede otorgar con más de una persona, es decir, si hay pluralidad de adquirentes, o si el testador se encuentra casado bajo el régimen de sociedad conyugal, y estos desean otorgar su testamento en la misma escritura pública lo pueden hacer, atentando a una de las características esenciales del testamento, ya que si la libertad de testar es uno de los valores más celosamente tutelados en el régimen testamentario, esto en consecuencia, un testamento mutuo o mancomunado, encontrándonos con esto una confusión a la prohibición que regula la ley, al impedir la realización de un acto mutuo que puede ser coaccionado.

En relación al designamiento de los legatarios, estos deben de recibir el legado con el compromiso de dar alimentos a los acreedores alimentarios si los hubiere, esto debe de ser en la proporción que el valor del legado represente, de acuerdo a la totalidad del acervo hereditario de los bienes del autor de la sucesión, asegurando así un beneficio a los acreedores mencionados, ya que el legatario al recibir el bien inmueble se compromete a lo que se establece en relación a éstos.

Cabe mencionar que el legatario puede reclamar directamente la entrega del inmueble, sin abocarse a lo dispuesto por la ley, ya que éste no se debe de registrar

por un albacea o por una administración de la misma, un avalúo o inventario, éste puede hacer el reclamo de su legado, y así poder hacer valer su derecho de éste.

Ahora bien, en definitiva el Testamento Público Simplificado, establece un régimen de excepción a la ley, ya que como lo estipula el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 11 que a la letra dice *“Las leyes que establecen excepción a las reglas generales no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes.”*⁵⁰, diferenciándolo así de los demás testamentos ordinarios y especiales, sujetándose a dicho régimen de excepción, por lo que sus reglas son de interpretación estricta, justificando así la existencia de éste testamento en estudio, mediante la reforma de adición al Código en comento, creando con esto un nuevo sistema en los testamentos y los legados, ya que se regirán para las mencionadas reglas específicas que garanticen la posibilidad de facilitar un Testamento Público Simplificado, el cual como consecuencia no establece la institución de heredero, de albacea, de reconocimiento de hijos, ni cualquier otra disposición, así como también no establece la formalidad de un acto personalísimo y unilateral; implantando así un nuevo sistema testamentario de tramitación simplificada, en el cual se transmite la propiedad de un inmueble a un legatario.

4.8.- CRITICA

A lo manifestado hasta el momento y a lo establecido en párrafos que anteceden, el estudio realizado al Testamento Público Simplificado, en cuanto a la existencia de diversos testamentos ordinarios y especiales, aparentemente el multicitado testamento simplificado, fue adicionado al Código Civil para el Distrito Federal, para crear un sistema de tramitación simplificada y ayudar a las clases

⁵⁰ Código Civil para el Distrito Federal. Op. Cit. Pág. 2.

desprotegidas, para la regularización de la tenencia de la tierra, pero si bien es cierto, que la existencia de otros testamentos de este tipo, garantizan y establecen jurídicamente una seguridad jurídica diferente, hasta el momento hemos podido observar lo importante que es que exista una posibilidad concreta en la transmisión de los bienes hereditarios, y ésta no precisamente la encontramos en el testamento en estudio, si no que la encontramos en los demás testamentos ordinarios y especiales; derivado de la incursión del Testamento Público Simplificado se han encontrado diversas situaciones que lo hacen inoperante y esto viene a agravar la situación testamentaria, por que ya que es un testamento el cual no produce, ni cumple efectos, ni finalidades medulares como lo debe de hacer un testamento, éste entra en contravención a diversos principios jurídicos que rigen a los testamentos en general, y no cumple con las funciones primordiales del testamento, tales como la disposición de todos los bienes y derechos y declaraciones o el cumplimiento de deberes para después de la muerte, ya que en este tipo de actos jurídicos también se pueden contener disposiciones patrimoniales y extrapatrimoniales como lo es una declaración de última voluntad, o sea los efectos del testamento no consisten sólo de la transmisión de una propiedad específica como lo es un inmueble destinado o que vaya a destinarse a vivienda, ahora bien en este supuesto entramos en una disyuntiva al momento en que el testador que elija otorgar este tipo de testamento, deja que sus demás bienes, derechos y obligaciones se rijan por la sucesión legítima, o tendrá que otorgar un nuevo testamento en el que pueda transmitir todos sus bienes derechos y obligaciones, y se presta a que el testador no solo haga un testamento, el cual es sólo de un bien inmueble, dudando así cual es o fue la última voluntad del de cujus, provocando así la anulación del Testamento Público Simplificado; así también al momento en que el testamento se debe de regir por una unilateralidad y libertad al momento de testar, éste testamento no puede ser un derecho hereditario el cual sea seguro, ya que la ley, aun con su régimen de excepción, prohíbe el testamento mutuo, el cual debe de ser unilateral y personalísimo, prohibiendo la concordancia de más de dos personas al realizar el otorgamiento, éste entra en incertidumbre al ser realizado por los cónyuges o en el caso de que haya pluralidad de adquirentes, ya que puede ser un acto de coacción de uno o del otro al momento de otorgarlo; por otro lado ésta figura jurídica

llamada Testamento Público Simplificado a parte de todas las circunstancias atípicas del cual esta invadido, éste deja en desventaja al testador que en su caso fuese sordo, ciego, ignore el idioma del país o no sepa leer, ya que no lo contempla, en su definición, situación que lo vuelve más ineficaz, además, no existe en él institución de heredero, ya que solamente puede nombrarse a uno o mas legatarios y sus sustitutos en su caso; así también erróneamente se creyó que al no designar un albacea y al nombrar un Representante Especial para el legatario que fuere incapaz, el testamento tendría la misma seguridad jurídica hacia los acreedores del de cujus, pero ya que éste sólo se limita a firmar en nombre del legatario incapaz el instrumento notarial, la seguridad del mismo disminuye indebidamente la garantía general de los acreedores, al momento de exceptuarlos en que no haya un albacea que realice una administración y resguardo de los bienes que son del acervo hereditario.

Quedando así inmersas todas y cada una de las propiedades, y en merito del estudio realizado en la presente tesis es propio considerar, que el Testamento Público Simplificado, es inoperante, ya que rompe severamente con las formalidades y características de ésta figura, cuya función primordial es la transmisión de bienes y derechos, así como la declaración o cumplimiento de deberes para después de la muerte, más no debe de ser un acto limitativo para realizar la transmisión de la masa hereditaria que pretenda otorgar el testador a favor sólo de un legatario o sustitutos en su caso, determinando un bien inmueble; lo cual fundo mi opinión al analizar que este acto es en contexto sólo un medio para formular un legado, y no es propiamente un testamento debido a las incongruencias que su misma definición concibe del mismo, ya que el testamento es un acto que requiere de ciertas formalidades, que la ley establece para su debido cumplimiento y validez del acto.

4.9.-PROPUESTAS

Una vez concluido el presente estudio en donde se pueden apreciar las grandes discrepancias que existen de la figura jurídica en estudio la propuesta a observar es la siguiente:

Actualmente nuestra legislación reconoce dos tipos de testamentos los ordinarios y los especiales; y si bien existen diversas clases de testamentos como lo son: el Testamento Público Abierto, el Testamento Público Cerrado, Testamento Ológrafo, por nombrar a los ordinarios, y los especiales, Testamento Privado, Testamento Militar, Testamento Marítimo y Testamento Hecho en País Extranjero, es importante señalar que en ninguno de ellos se especifica o limita al autor de la herencia a testar a favor de un bien, derecho o una obligación es decir, no rompen con la finalidad que se establece al requerir de ciertas formalidades que hacen posible su existencia principal de los testamentos, cosa que si acontece en el controversial Testamento Público Simplificado; es de gran importancia observar que las disposiciones del testamento en estudio, tiene serias incompatibilidades con los demás testamentos y al considerar que los demás testamentos enunciados en nuestra legislación llenan todas las expectativas óptimas para el otorgamiento de una última voluntad del testador, esto lo hace incompatible a la existencia del mismo junto con los demás testamentos, en este caso este testamento, no es imprescindible para nuestra legislación por eso es necesario que se derogue el artículo 1549 bis del Código Civil para el Distrito Federal vigente, el cual define al Testamento Público Simplificado, ya que del estudio realizado, se reitera que es inoperante y no brinda una seguridad jurídica como instrumento jurídico para el cual fue creado como una figura testamentaria.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Es importante mencionar que las características que le son propias al Testamento Público Simplificado, como lo es la adquisición de un inmueble destinado o que vaya a destinarse a vivienda, el objeto de regularización respecto de un bien inmueble, o el otorgamiento de un testamento en un mismo instrumento o posteriormente a la adquisición del mismo, la designación exclusivamente de legatarios, por mencionar algunas, no son en comparación semejantes con las características propias del testamento regulado por nuestro Código Civil, adoleciendo de variadas e importantes diferencias desde el punto de vista legal como doctrinario, como son la unilateralidad, la disposición de bienes y derechos y la declaración de deberes para después de la muerte y la libertad para testar.

SEGUNDA.- El Testamento Público Simplificado, fue creado para satisfacer una necesidad de la población de escasos recursos, para evitar promover un juicio sucesorio, sin embargo, de haber tenido semejanza con los requisitos que se piden para el testamento ordinario, supuesto que no ocurre en el mismo, aunado a esto y por su forma y otorgamiento tampoco queda bajo los supuestos contemplados por los testamentos especiales.

TERCERA.- Una de las características esenciales, solicitadas para la elaboración de un testamento ordinario, es que se haga con plena libertad; situación que no ocurre en el Testamento Público Simplificado, ya que al limitar al testador para su otorgamiento en relación a la designación de mas bienes o la conjunción de más personas en ese mismo acto que puedan coaccionar al otorgante, y al ser un acto autónomo de última voluntad, trae aparejado su ineficacia.

CUARTA.- El Testamento Público Simplificado no contempla la diferencia entre un heredero y un legatario, lo cual, hace notar la falta de criterio legislativo, sin embargo, de su análisis realizado se desprende que dicha figura se asemeja a un legado propiamente dicho.

QUINTA.- En el Testamento Público Simplificado, se otorga la facultad de que en ese mismo instrumento, los cónyuges o los copropietarios, puedan testar a favor de un tercero, lo cual contraviene a las reglas establecidas, e infiere de la idea que se ha determinado del testamento.

SEXTA.- En las diversas formas del testamento ordinario como lo son Público Abierto, Público Cerrado y Ológrafo, ninguna condiciona la manera de transmitir un bien, un derecho o una obligación, como se encuentra establecido en el Testamento Público Simplificado, contraviniendo la libertad del testador, característica indispensable de esta forma de testar.

SEPTIMA.- El Testamento Público Simplificado, para que tenga una plena validez jurídica, debe de cumplir con la característica de ser efectiva, entendiendo con ello, que al momento de ser legislada es previsor de alcanzar la correspondencia social con su contenido y brindar la seguridad jurídica a la sociedad más necesitada para la cual fue creada.

OCTAVO.- Es importante mencionar que el Testamento Público Simplificado, por las características que presenta, es de considerarse como ineficaz, por que va en contra de los principios que rigen a los testamentos mismos que se encuentran regulados en el artículo 1926 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, el cual prohíbe el otorgamiento de testamentos recíprocos.

NOVENO.- Una de las peculiaridades propias del Testamento Ordinario es que debe de realizarse con solemnidad, cuando el testador presenta alguna anomalía física, es decir, cuando es sordo, mudo, ciego o el testador no sabe leer, lo que no se presenta en el Testamento Público Simplificado, en razón de no contemplar dichos supuestos, y a falta de tal previsión de manera supletoria el de aplicarse las medidas del Testamento Público Abierto.

DECIMA.- Al ser el Testamento Público Simplificado incompatible a la existencia del mismo junto con los demás testamentos, en este caso el testamento materia de la investigación del presente trabajo, no es imprescindible para nuestra legislación por eso es necesario que se derogue del Código Civil para el Distrito Federal vigente, el cual define al mismo en su artículo 1549 Bis, ya que del estudio realizado, se concluye que es inoperante y no brinda una seguridad jurídica como instrumento jurídico para el cual fue creado como una figura testamentaria.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Aguilar Gutiérrez, Antonio, Panorama de la Legislación Civil de México, Imprenta Universitaria, México 1960.
- 2.- Araujo Valdivia, Luis, Derecho de las Cosas y Sucesiones, Tercera Edición, Editorial Cajica, México 1992.
- 3.- Arce y Cervantes, José, De las Sucesiones, Sexta Edición, Editorial Porrúa, México 2001.
- 4.- Bañuelos Sánchez, Froylan, De la Interpretación de los Contratos y de los Testamentos, Segunda Edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1979.
- 5.- Baqueiro Rojas, Edgar, Derecho de Familia y Sucesiones, Editorial Harla, México D.F. 1990.
- 6.- Batiza, Rodolfo, Las Fuentes del Código Civil de 1928, Editorial Porrúa, S.A., México, 1979.
- 7.- Bejarano Sánchez, Manuel, Obligaciones Civiles, Tercera Edición, Editorial Harla, México 1992.
- 8.- Bialostosky, Sara, Panorama de Derecho Romano, Segunda Edición, Imprenta Universitaria, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, 1935-1985, México D.F.1985.
- 9.- Borda Guillermo, A., Manual de Derecho Civil Sucesiones, Décima Edición, Editorial Perrot, Buenos Aires Argentina.
- 10.- Cicu, Antonio, El Testamento, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid España1959.

- 11.- Código de Napoleón, Edición Facsimilar con variaciones adoptadas por el cuerpo legislativo el día 3 de septiembre de 1807, impresa en Madrid MDCCCIX en la imprenta de la hija de Ibarra.
- 12.- De Pina, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Séptima Edición, Editorial Porrúa, México 1977.
- 13.- Floris Margadant, S. Guillermo, Derecho Romano, Vigésima Sexta Edición, Editorial Esfinge. S.A. de C.V., México 2002.
- 14.- Galindo Garfias, Ignacio, Derechos Reales y Sucesiones, Primera Edición, Editorial Porrúa, México 2002.
- 15.-Galindo Garfias, Ignacio, El Derecho Civil en México, a partir de 1910 y el Código Civil de 1928 para el Distrito federal, Obra Jurídica Mexicana, Procuraduría General de la República, México 1985.
- 16.-García Amor, Julio Antonio, El Testamento, Editorial Trillas, Segunda Edición, México 2000.
- 17.-Hernández Gil, Antonio, Derechos Reales, Derecho de Sucesiones, Tomo IV, Editorial Espasa Calpe, Madrid España, 1989.
- 18.-Ibarrola, Antonio de, Cosas y Sucesiones, Quinta Reimpresión, Editorial Porrúa, México, 2001.
- 19.- Lemus García, Raúl, Derecho Romano (Compendio), Quinta Edición, Editorial "LIMSA", México, D.F., 1979.
- 20.-Mateos Alarcón, Manuel, La Evolución del Derecho Civil Mexicano, desde la independencia hasta nuestros días, Academia Central Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, México 1911.

21.-Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia, Tomo I, Vigésima Primera Edición, Editorial Porrúa, México 1986.

22.-Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil , Bienes Derechos Reales y Sucesiones, Tomo II, Trigésimo Quinta Edición, Editorial Porrúa, México 2003.

23.-Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Contratos, Tomo IV, Decimoctava Edición, Editorial Porrúa, México D.F. 1987.

24.-Sánchez Cordero, Jorge, La evolución del derecho civil desde la independencia hasta el Código Civil de 1884, inclusive, Obra Jurídica mexicana, Procuraduría General de la República, México 1985.

25.-Uribe, Luis F., Sucesiones en el derecho mexicano, Primera Edición, Editorial Jus, s.a., México 1962.

OTRAS FUENTES

26.- Código Civil para el Distrito Federal, Compendio de Leyes, Reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia, Agenda Civil del D.F. 2004.

27.-Diario Oficial de la Federación, del día 6 de enero de 1994.

28.-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Enciclopedia Jurídica Mexicana, Arbitraje, Bienes y Sucesiones, Administrativo, Tomo VII, Universidad Nacional Autónoma de México, Primera Edición, Editorial Porrúa, México 2002.

29.-Ley del Notariado para el Distrito Federal, Compendio de Leyes, Reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia, Agenda Civil del D.F. 2004.